



Law Reform Commission
of Canada

Commission de réforme du droit
du Canada

pollution control in Canada: the regulatory approach in the 1980s

ADMINISTRATIVE LAW SERIES

STUDY PAPER

Canada

89-01609/

**POLLUTION CONTROL IN CANADA:
THE REGULATORY APPROACH
IN THE 1980s**

Administrative Law Series

Available by mail free of charge from:

Law Reform Commission of Canada
130 Albert St., 7th Floor
Ottawa, Canada
K1A 0L6

or

Suite 310
Place du Canada
Montréal, Québec
H3B 2N2

© Law Reform Commission of Canada 1988
Catalogue No. J32-3/40
ISBN 0-662-56160-X

**POLLUTION CONTROL IN CANADA:
THE REGULATORY APPROACH
IN THE 1980s**

Administrative Law Series

A Study Paper prepared for the

Law Reform Commission of Canada

by

Kernaghan Webb, LL.B., LL.M.

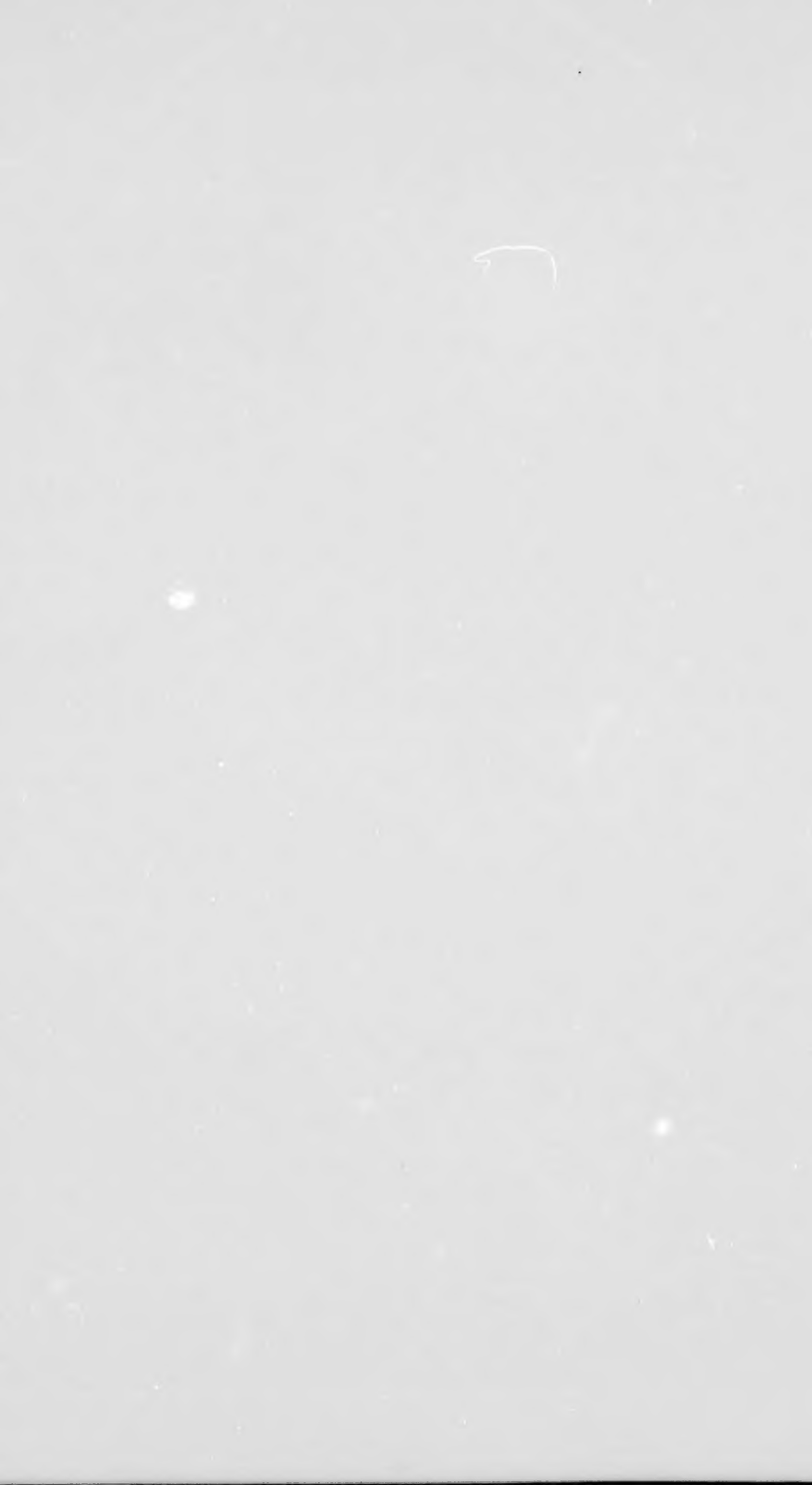


Table of Contents

FOREWORD.....	1
INTRODUCTION.....	3
CHAPTER ONE: The Rise of Regulatory "Control" Legislation	11
CHAPTER TWO: Implementation.....	17
I. The Implementation Gap	17
II. Exploring the Gap	18
A. Misconceptions About Pollution Control	18
B. Problems with Legislation	24
(1) Unrealistic Legislative Language	24
(2) Blunt Sanctions.....	28
(3) The Call for Harsher Penalties.....	31
C. Courts, Pollution and Pollution Control.....	33
(1) Courts and the Polluting Activity.....	34
(a) Characterization of the Pollution Offence	34
(b) The Proof Process	39
(c) Sentencing	42
(2) Courts and Pollution Control	43
(a) Procedural Fairness	44
(b) Abuse of Process	46
D. Extra-legal Factors	49
(1) Political Factors	49
(2) Pro-development Tendencies of Government	51
(3) Bureaucratic Factors	52
CHAPTER THREE: Trends in Pollution Control	55
I. Increased Public Participation	55
II. Increasing Use of Prosecutions	60
III. Changing Roles and Responsibilities of Government	61
IV. Use of Incentives.....	63
V. Refinements in Legislation	65
VI. Changing Industry Attitude.....	67

CHAPTER FOUR: On the Horizon — The Proposed New Crime
CONCLUSIONS
RECOMMENDATIONS
APPENDIX A: Persons Consulted During Research.....
APPENDIX B: Table of Statutes

Foreword

The story of the conception and development of this study paper is a bit unusual, and may help the reader understand its final form. In 1985, the Law Reform Commission of Canada was reviewing a draft paper prepared by its Protection of Life Project which proposed that a new crime against the environment be added to the *Criminal Code*. Following the Commission's usual procedure, copies of the draft were distributed for comment to the other projects of the Commission, including the Administrative Law Project. Based largely on my experience researching and writing a background paper for the Administrative Law Project of the Commission concerning industrial water pollution control and the federal Environmental Protection Service,* I prepared a memorandum which opposed the proposal for a new crime against the environment. In essence, the position put forward in the memo was that, from a practical standpoint, the addition of a new crime would have little if any positive effect, that a new crime could detrimentally affect regulatory efforts, and that resources would be better spent on reforms intended to improve regulatory pollution control regimes, since these were and are the major components of Canadian governmental efforts to protect the environment.

After considering all comments, the Commission decided to support the proposal for the inclusion of a crime against the environment in the *Criminal Code* (see Working Paper 44, *Crimes Against the Environment* (1985) and Report 31, *Recodifying Criminal Law: Revised and Enlarged Edition* (1988)). However, the President of the Law Reform Commission, Mr. Justice Allen Linden, in the spirit of encouraging intelligent and informed debate on a complicated issue, felt that the position taken in my memorandum did have considerable merit and warranted elaboration and publication as a study paper. During 1986, a draft of the study paper was prepared which, in addition to critiquing the proposed crime against the environment, also attempted to depict the real pollution control process of Canadian governments (namely, the regulatory approach) and the problems associated with it (in fact, in the final version of the paper, the examination of the regulatory approach is presented first, and is intended to inform the subsequent discussion about the need for a crime against the environment).

In 1987, the paper was distributed for comments to federal and provincial environment authorities, environmental associations, academics and other interested individuals and groups (see Appendix A). Many of their comments were incorporated in the final version of the paper. I am indebted to these various individuals and groups

* K. Webb, *Industrial Water Pollution Control and the Environmental Protection Service* (Background Paper) (Ottawa: Law Reform Commission of Canada, 1983) [unpublished]. I draw substantially on the observations and research contained in this 1983 paper to support conclusions made in the present study. *Industrial Water Pollution Control and the Environmental Protection Service* is available on microfiche at most university law libraries in Canada.

for their helpful suggestions. Thanks is also due to Mr. John Frecker, Commissioner of the Administrative Law Project, for his useful input concerning the crimes against the environment portion of the paper, members of the Administrative Law Project for general comments, the support staff of the Commission for their assistance in putting the paper together and the Commission itself for publishing a paper taking a position different from the one it chose to adopt. The shortcomings, oversights and errors in the work are mine alone.

K.R.W.
Ottawa
July 1988

Introduction

In the late 1950s and early sixties, we became aware of it.¹ Throughout the sixties and seventies, we took some stabs at it. Now, in the second half of the eighties, with the benefit of experience gained over the past two decades, we are beginning to come to grips with it.

Environmental protection has come a long way since Rachel Carson's exposé of the dangers of pesticides, *Silent Spring*, first pricked North America's collective conscience in 1962.² At that time, there were no governmental departments of Environment in Canada.³ There was little legislation devoted exclusively to

-
1. While the exact date for commencement of the "modern" concern with the environment can be debated, the 1960s are generally considered the beginning of the modern era: see, e.g., J.A. Kennedy, "Foreword to the First Edition" in D. Estrin and J. Swaigen, eds, *Environment on Trial*, 2nd ed. (Toronto: Canadian Environmental Law-Research Foundation, 1978) at p. x; see also, A.R. Thompson, *Environmental Regulation in Canada: An Assessment of the Regulatory Process* (Vancouver: Westwater Research Institute, University of British Columbia, 1980) at 27.
 2. See R. Carson, *Silent Spring* (Boston: Houghton, Co., 1962). Commentators point to works such as *Silent Spring* as the spark for a new public environmental awareness: see, e.g., Thompson, *ibid*.
 3. Although environmental protection activities were carried out by Canadian federal and provincial governments prior to 1950, it was not until the late fifties, and mainly the sixties and seventies that departments were created *exclusively* to implement government environmental policies. Thus, e.g., aspects of environmental protection were the responsibility of the federal Department of Fisheries and Forests prior to 1970, but it was not until 1970-71 that a separate Department of the Environment was statutorily created. For historical discussion of the federal Department of Fisheries and Forests/Environment evolution, see K. Webb, *Industrial Water Pollution Control and the Environmental Protection Service: A Background Study of the Compliance Initiatives Used by the Federal Government to Control Industrial Water Pollution, Focussing on the Pulp and Paper Sector* (Paper prepared for the Law Reform Commission of Canada, 1983) at 156-162.

environmental protection.⁴ Citizen groups such as Pollution Probe, Greenpeace, and the Canadian Environmental Law Association had not yet been created.⁵

Since then, environmental protection has been transformed from a fringe interest of a few "eco-freaks" into a mainstream societal value.⁶ Today, pollution is controlled and prohibited through a maze of statutes, regulations and by-laws at the federal, provincial, and municipal level.⁷ There are lawyers in Canada who devote their entire

4. The 1871 *Sanitary Act* of Manitoba dealt exclusively with water pollution. For the most part, however, older Canadian legislation which addressed environmental protection issues did so as part of a larger statutory scheme concerned with health protection, water or fisheries management (see comments to this effect by H. Mitchell in "A Brief History of Environmental Law" (CELA, January 1977 at 1-2), and by P. Kenniff and L. Giroux in "The Law Relating to the Protection and Quality of the Environment in Quebec" in *Environmental Management and Public Participation*, P. Elder, ed., (Toronto: CELRF, 1975) 213 at 216-217). It took until the late 1950s before "modern" legislation concerned exclusively with environmental protection and pollution control was introduced in Canada. See, e.g., the *British Columbia Pollution Control Act*, 1956. In Ontario, the *Ontario Water Resources Commission Act*, 1957 ushered in major water quality measures for Ontario. This was followed by the *Air Pollution Control Act*, 1958. Other jurisdictions lagged behind British Columbia and Ontario. For example, it was not until 1971 that Alberta introduced its "comprehensive" pollution control legislation, the *Clean Air Act* and *Clean Water Act*.

5. Pollution Probe was started by University of Toronto students in 1969. Greenpeace began as a Canadian/American Quaker peace and environment movement in 1969. The Canadian Environmental Law Association was originally established by the Ontario government as a legal aid clinic in 1970.

6. American J. Naisbitt, in *Megatrends* (New York: Warner Books, 1982 at xxvi) notes a shift in environmental coverage by U.S. media in recent years:

By 1973 the system showed a crossover and the environmental [news] became, for the first time, a more important preoccupation than civil rights.

Canadian polls would appear to indicate strong citizen concern for environmental protections: see, for example, R. Plaskin, "Protecting Canada's Environment More Crucial Than Jobs, Poll Says," *The [Toronto] Globe and Mail* (19 November 1986), which reported a poll conducted by Decima Research Ltd. as indicating that, in June 1986, 69% of Canadians were willing to back moves to protect the environment, even if the measures adopted would affect employment. In "Conservationists gaining respect, oil industry says," *The [Toronto] Globe and Mail* (26 June 1986), the technical director of the Canadian Petroleum Association is reported as saying that Canadians have become so conscious of their environment that the petroleum industry can no longer shrug off conservationists as a lunatic fringe. "Those people who used to be dismissed summarily as the granola-crunching hippy crowd are back — and back in three-piece suits."

7. See generally R. Franson and A. Lucas, eds., *Canadian Environmental Law* (Toronto: Butterworths, revised continuously). Examples of key federal legislation include the *Fisheries Act*, ss. 31-33.4; and regulations such as: the *Pulp and Paper Effluent Regulations*; the *Chlor-Alkali Mercury Liquid Effluent Regulations* (among others); the *Clean Air Act*; and the *Environmental Contaminants Act*. Examples of provincial legislation include the *Québec Environmental Quality Act*, and regulations such as: the *Petroleum Refineries-Liquid Effluent Regulations*; the *Pulp and Paper Mills Regulation*; and the *Solid Waste Regulation* (among others). See also notes 48-61, *infra*. Examples of legislation empowering municipalities to control pollution include the *Ontario Municipal Act*, subs. 354(1); and the *British Columbia Municipal Act*, s. 932.

career to environmental cases.⁸ Citizen groups have sprouted up across Canada⁹ demanding greater protection for the environment.

But while concern for the environment has been a consistent theme running through the sixties, seventies, and eighties, the attitudes, approaches and issues relating to environmental protection have changed. Initially, energies were primarily directed toward increasing public and political awareness of environmental problems: federal and provincial governments responded with the first generation of regulatory pollution control legislation.¹⁰ Then, as government, industry and the public became familiar with this legislation, and as new problems emerged, the cry became not so much "There ought to be a law" as "How is the law being implemented?"¹¹ and "How can the law and implementation be improved?"

The focus of analysis in this paper is on the implementation of pollution control legislation. As such, it goes beyond description of statutes and regulations to examine how administrative practice, court interpretations and the larger political, economic and social context together determine the "law in action."¹² The position taken in this paper is that our understanding of the pollution control process has improved substantially as time has gone on, permitting us to make more accurate and informed assessments of the strengths and limitations of instruments, actors and institutions

8. See, e.g., environmental lawyers' advertisements contained in *Canadian Environmental Law Reports*, Vol. 14, No. 2, April 1985.

9. Other Canadian environmental groups include S.P.E.C. (Society for the Promotion of Environmental Conservation), West Coast Environmental Law Association, Operation Clean (Niagara), the Société pour vaincre la pollution, the Conservation Council of New Brunswick, Friends of the Earth, and the Fraser River Coalition. The Canadian Environmental Network has over 1400 member groups. Ian Smythe, Technical Director of the Canadian Petroleum Association, estimates there are 160 environmental groups in Western Canada alone, "some of them very small, single-issue organizations, and others quite large and with a broad range of concerns," see "Conservationists gaining respect, oil industry says", *supra*, note 6.

10. For example, federally, the *Fisheries Act* underwent its first major pollution-related amendments in 1960-61 and 1970 (later eclipsed by the 1976-77 amendments), discussed in greater detail below at 11-13. For discussion of provincial legislative evolution, see notes 47-62, *infra*.

11. A. Schnaiberg, in "The Retreat from Political to Technical Environmentalism", A. Brannigan and S. Goldenberg, eds., *Social Responses to Technological Change* (Westport, Conn.: Greenwood Press, 1985) 19, at 23-24, speaks of a shift from political consciousness-raising in the late sixties (which culminated in legislation) to debate about the costs of environmental protection (a more technically oriented debate). It is submitted that what Schnaiberg identifies as a shift to technical environmentalism is roughly synonymous to the new concern with implementation described here. The process of implementing environmental legislation is almost inevitably very technical, as administrators attempt to put broad statutory policies into practice.

12. The "law-in-action" theme and contents of this document draw substantially on research described in Webb, *supra*, note 3; K. Webb, "Environmental Law and its Enforcement — Comment" in P. Finkle and A. Lucas, eds., *Environmental Law in the 1980s: A New Beginning* (Calgary: Canadian Institute of Resources Law, 1982) 197; Law Reform Commission of Canada [hereinafter LRCC], *Policy Implementation, Compliance and Administrative Law* (Working Paper 51) (Ottawa: LRCC, 1986); and K. Webb, "Between the Rocks and Hard Places: Bureaucrats, The Law and Pollution Control," (1987) 14:2 *Alternatives*. See also Thompson, *supra*, note 1; R. Gibson, *Control Orders and Industrial Pollution Abatement in Ontario* (Toronto: Canadian Environmental Law Research Foundation, 1983); M. Rankin and P. Finkle, "The Enforcement of Environmental Law: Taking the Environment Seriously" (1983) 17 U.B.C.L.Rev. 35.

involved in implementation than was ever possible. The paper makes these assessments as a preface to suggestions for legal reform.

In Canada, governments have attempted to control pollution using two basic methods: coercive ("command-penalty" responses) and non-coercive ("influencing" techniques). To date, coercive responses have been relied on heavily by Canadian governments, particularly the so-called "regulatory"¹³ model, which typically consists of a general offence prohibiting harmful emissions outright, unless those emissions are authorized pursuant to the terms and conditions of "agreements"¹⁴ (for example, permits, licences, certificates of authorization, control orders, programme approvals, etc.) or within pre-set legislated standards.¹⁵ Within the coercive category, criminal offences are also available to combat pollution, although these have rarely been used.¹⁶ As well, governments have established a number of non-coercive, influencing initiatives, to supplement the regulatory approach, including incentive and persuasion programmes.¹⁷ Because the regulatory approach has been the centrepiece of government pollution control efforts, it is the primary subject of analysis in this paper, although limited discussion of incentive initiatives is also provided.

Two caveats regarding the scope and depth of analysis of this paper are in order. First, it has a decidedly federal emphasis, reflecting the author's preponderance of research experience in this jurisdiction. However, every effort has been made to supply provincial examples and illustrations whenever available. The paper was widely circulated in draft version to persons working in or familiar with provincial

-
13. A narrow definition of "regulation" limiting it to rules of government backed by penalties and intended to modify economic behaviour is espoused by many. See, e.g., W.T. Stanbury and G. Lerner, "Regulation and the Redistribution of Income and Wealth" (1983) 26 Can. Pub. Admin. 378 at 380, and Economic Council of Canada, *Responsible Regulation* (Ottawa: Supply and Services Canada, 1979) at 43. Others have suggested a wider definition, encompassing less visible and direct measures, and non-coercive initiatives. See, e.g., R. Macdonald, "Understanding Regulation by Regulation," in I. Bernier and A. Lajoie, eds., *Regulations, Crown Corporations and Administrative Tribunals* (Research Study presented to the Royal Commission on the Economic Prospects for Canada) (Toronto: University of Toronto Press, 1985) 81 at 82-102. As used here, "regulatory pollution control" legislation will refer to the narrow, Stanbury definition.
 14. The word "agreement" is a bit of a misnomer because, in the final analysis, government has the authority to unilaterally impose any conditions it wishes on a discharger, or to refuse any permission to discharge at all. However, the word "agreement" does accurately convey the fact that an attempt is usually made to achieve consensus on the terms and conditions under which the discharge will take place.
 15. See, e.g., the *Fisheries Act*, subs. 33(2); the *Ontario Environmental Protection Act*, ss. 5-17; the *British Columbia Waste Management Act*, s. 3; Div. IV of the *Québec Environmental Quality Act*; and the *Saskatchewan Air Pollution Control Regulations*, ss. 3, 4, 6.
 16. Three existing *Criminal Code* offences which could be used to address environmental degradation situations are prohibitions of criminal negligence (subs. 202(1)), nuisance (subs. 176(2)) and mischief (s. 387). For application to environmental situations, see above at 71-73; see also P. Good, "Anti-Pollution Legislation and its Enforcement: An Empirical Study" (1971) 6 U.B.C. L. Rev. 271; H. Glasbeek, "Why Corporate Deviance is Not Treated as a Crime — The Need to Make 'Profits' a Dirty Word" (1984) 22 Osgoode Hall L.J. 393, and H. Glasbeek and S. Rowland, "Are Injuring and Killing at Work Crimes?" (1979) 17 Osgoode Hall L.J. 506.
 17. See discussion above at 62-63. For more complete discussion of incentives and persuasive techniques used in industrial pollution control, see Webb, *supra*, note 3 at 508-612.

jurisdictions¹⁸ to ensure the accuracy of the observations it contains. Second, the focus of analysis is on *industrial emissions* control; that is, the main subject of discussion is pollution discharges which emanate into the environment as a by-product from the process of manufacturing or refining certain material or substance. Although emissions control continues to be the mainstay of environmental protection, other important areas of pollution control (for example, regulation of the development, production, use, transportation and disposal of hazardous and toxic substances) are only tangentially referred to in this paper. With highly toxic products, escape into the environment in any concentration could be extremely hazardous, so that a strictly preventive approach may be the only practicable control method.¹⁹ There is considerable legislative overlap between emissions control and toxic and hazardous substances control, but the different legislative frameworks and enforcement strategies which have begun to evolve to control the development, production, use, transportation and disposal of toxic and hazardous contaminants have yet to be comprehensively examined in the Canadian context.²⁰ This paper will do no more than flag the need for such examination.

Chapter One puts forth a brief historical examination of the shift in legislative approach to pollution abatement, which began in the 1950s from what was basically a series of total prohibitions of all waste discharges to the "control" regulatory model common today. The causes for this shift in approach, and its implications are also discussed.

How the regulatory model would appear to operate, based on a reading of the legislation, and how it actually operates are often two quite different things. While the legislation is typically framed in language which suggests that pollution control is a straightforward, almost mechanical process (namely, issuing licences, monitoring compliance, detecting transgressions and prosecuting, or suspending licences), in practice, administrators are often negotiating gradual compliance with polluters, and only rarely resorting to formal sanctions.²¹ The disparity between law and reality is referred to here as "the implementation gap."

The existence of this gap creates problems for government, industry, courts, and the public. Chapter Two is devoted to an exploration of possible causes of the gap, and what should be done about it. First, two popular misconceptions about the nature of pollution control and the law are presented and discussed as an introduction to the real nature of implementation. An attempt is made to explain why a "cops-and-robbers"

18. See Appendix A.

19. For this statement of the toxic/environmental contaminant problem, the author is indebted to P. Dauphinee of Environment Canada, Legal Services.

20. To the knowledge of the author, existing published work in this area consists of J. Castrilli, "Control of Toxic Chemicals in Canada: An Analysis of Law and Policy" (1982) 20 Osgoode Hall L.J. 322; D. Estrin, *Handle With Caution* (Toronto: Carswell, 1986).

21. See *supra*, note 12, for other works on this topic. As with the word "agreement," the term "negotiation" is not entirely accurate, because, in the final analysis, government has the authority to unilaterally impose any conditions it wishes on a discharger, or to refuse any permission to discharge at all. However, "negotiation" correctly conveys the notion of give-and-take which frequently occurs as terms and conditions are worked out.

conception of enforcement is largely inappropriate in pollution control contexts, and why unapplied legislation is not necessarily defective.

Second, a number of problems with current legislation are identified and examined, including the tendency for legislators to draft laws in unrealistic language which fails to reflect operational realities, and to provide blunt sanctions, often too drastic, formal and expensive to be used in day-to-day situations. Also discussed is the oft-heard complaint that penalties are not harsh enough.

Third, the role of the courts in pollution control is examined. The difficulties that courts have had in characterizing the pollution offence, as well as problems with the proof process and sentencing are described. Court pronouncements concerning the fairness of the control process are also analyzed. Government officials, for example, cannot rely on courts, as the police do in criminal enforcement, because of the problems which courts have had with the scientifically and technically imprecise and value-laden nature of pollution and the ongoing nature of pollution control.

Fourth, although the implementation gap can in part be explained by inadequacies with legislation and the judicial process, there are also many problems in pollution control which have political, economic, administrative and social origins. Several extra-legal factors which contribute to the implementation gap are identified, including deficiencies associated with the political process, pro-development biases of government, and proclivities of bureaucrats which can interfere with effective implementation.

Pollution control is a dynamic process, constantly evolving as new problems arise and different solutions are attempted. In recognition of this continual evolution, a number of trends are identified and analyzed. Chapter Three focuses on the steadily increasing importance of public participation, the move in some jurisdictions towards more strict enforcement, a perceived attitudinal change on the part of industry, legislative refinements, and the emerging recognition that incentives may be useful to induce abatement from polluters unresponsive to coercive approaches.

It is suggested that examination of these trends reveals a growing maturity by parties involved in pollution control. Against this background, Chapter Four examines the Law Reform Commission of Canada's proposal that there be a new crime against the environment.²² While appealing at first blush, this proposal is, from a regulatory perspective, not likely to enhance environmental protection. The paper looks at the potential enforcement problems associated with such a proposal. In conclusion this study briefly assesses the state of pollution control as well as the strengths and limitations of the actors, instruments and institutions involved in the process. Suggestions for reform are provided.

Taken together, the analysis presented herein supports the position that significant components of the legal framework for effective pollution control are now in place.

22. See LRCC, *Crimes Against the Environment* (Working Paper 44) (Ottawa: LRCC, 1985); LRCC, *Recodifying Criminal Law: Revised and Enlarged Edition of Report 30* (Report 31) (Ottawa: LRCC, 1987).

Our understanding of pollution and its control is considerably more sophisticated than it once was. To protect the environment, we now bring to bear a full range of legal instruments, from offences to control orders, insurance, environmental assessments and incentives. Courts are beginning to make innovative use of the sentencing powers provided to them. Industry seems finally to be accepting the fact that pollution control is here to stay. Citizen groups are becoming more expert, outspoken and involved in the process.

This coming to grips occurs none too early, for current and future pollution problems promise to be even more complex than those addressed yesterday. Environmental protection is a moving target: as the first generation pollution problems are addressed, new, more difficult issues have taken their place.²³ Conventional pollution problems such as suspended solids and biochemical oxygen demand loading are no longer in the spotlight as more exotic (and lethal) contaminants such as dioxins and polychlorinated biphenyls (PCBs) become the focus of concern.²⁴ On the one hand, our ability to detect the existence of contaminants has improved substantially, but the effect of contaminants present in parts per billion and per trillion, on the other hand, is not entirely clear.²⁵

In addition, despite progress in some areas, fundamental and perplexing unsolved problems remain such as the difficulties associated with courts, legislatures, and administration addressing scientific, economic, and technical uncertainties and the contradiction of government acting simultaneously as developer and conservator.

The face of pollution control in Canada has changed over the past two decades: it lacks the innocence of the earlier years, but now possesses the first wrinkles of wisdom gained through experience. An attempt is made to articulate some of this experience in the hope that this knowledge can be used to make the pollution control process as fair, effective, and efficient as possible.

23. For example, R. Gibson, *supra*, note 12, notes at 110 that:

Reduction of lead emissions and point of impingement readings has not ended local concerns, but rather, focussed attention on questions about cumulative loadings, the existence of any hazard threshold level, and the precise degree and nature of risks relative to a complex of variables (age, level of exposure, inhalation versus ingestion, etc.). Similarly, reduction of sulphur dioxide emissions and local fumigation frequencies has been followed by concerns about the wisdom of dilution and dispersion strategies, and about the longer distance cumulative and synergistic effects of such emissions in combination with emissions from other sources.

24. See, e.g., C. Van Strum and P. Merrell, *No Margin of Safety: A Preliminary Report on Dioxin Pollution and the Need for Emergency Action in the Pulp and Paper Industry* (Washington, D.C.: Greenpeace, 1987).

25. See, e.g., *Cape Breton Landowners v. Stora Kopparbergs Bergslags Aktiebolag* (1982), 11 C.E.L.R. 141 (N.S.S.C. T.D.) and discussion concerning damages in J. Castrilli and T. Vigod, *Pesticides in Canada: An Examination of Federal Law and Policy* (Study Paper) (Ottawa: LRCC, 1987) at 17-24.



CHAPTER ONE

The Rise of Regulatory "Control" Legislation

In Canada, both federal and provincial governments have the constitutional heads of power upon which pollution control legislation could be based.²⁶ Since Confederation, federal and provincial legislation has always included at least a minimal core of command-penalty offences which could be used to protect the environment.²⁷ This early legislation usually adopted a blanket prohibition approach to the pollution problem; for example, subsection 14(2) of the federal *Fisheries Act* of 1868 provided that "[l]ime, chemical substances or drugs, ... or any other deleterious substance, shall not be drawn into water frequented by ... fish ... under a penalty not exceeding one hundred dollars" While this kind of extremely broadly written offence represented legislative awareness of pollution, they were hopelessly simplistic, and were only sporadically enforced.²⁸

Starting in the 1950s, however, the situation began to change. As public awareness of pollution problems grew, legislatures started to re-appraise their pollution offences, and began supplementing blanket prohibitions with more realistic "control" regimes. In some jurisdictions, the result was new statutes devoted almost entirely to pollution control concerns, such as the British Columbia *Pollution Control Act*, 1956. In others, older legislation was extensively overhauled; for example, subsection 14(2) of the federal *Fisheries Act* of 1868 remained virtually intact and unchanged from its original

26. This is a gross simplification of a complex issue. For a more comprehensive treatment, see P. Emond, "The Case for a Greater Federal Role in the Environmental Protection Field: An Examination of the Pollution Problem and the Constitution" (1972) 10 *Osgoode Hall L.J.* 647; D. Gibson, "Constitutional Jurisdiction over Environmental Management in Canada" (1973) 23 *U.T. L.J.* 54.

27. Federally, the 1868 *Fisheries Act* (the full title being *An Act for the Regulation of Fishing and Protection of Fisheries*), s. 14, included offences prohibiting the deposit of deleterious substances into water. Provincially, the Ontario *Public Health Act*, 1884, subs. 69(1), Schedule A, included offences prohibiting the disposal of garbage, excreta, manure or filth unless approved by provincial sanitation officers; the 1871 *Manitoba Sanitary Act*, s. 1, prohibited the deposit of "any stable or barn manure, or any night soil, or any other filthy or impure matter of any kind, along the bank of any river or running stream" and, in s. 2, a similarly worded prohibition for deposits into rivers and streams. For the British Columbia situation, see A. Lucas, "Water Pollution Control Law in British Columbia" (1969) 4 *U.B.C. L. Rev.* 56. See also references cited *supra*, note 4.

28. See, e.g., J.P.S. McLaren, "The Tribulations of Antoine Ratté: A Case Study of the Environmental Regulation of the Canadian Lumbering Industry in the Nineteenth Century" (1984) 33 *U.N.B.L.J.* 203.

form until a series of amendments took place, beginning in 1960.²⁹ These amendments transformed the original subsections 14(2) prohibition (re-numbered as subsection 33(2)) into a heavyweight offence, the centrepiece for an elaborate water-pollution control regime.

The amended subsection 33(2) made it an offence to deposit into water substances deleterious to fish, *unless* the deposits were of a type, in a quantity or concentration and under conditions authorized by regulation.³⁰ Emission control regulations setting permissible effluent standards were promulgated for several industrial sectors, including the pulp and paper,³¹ mining,³² and petroleum industries.³³ Penalties pursuant to the revamped subsection 33(2) were raised, from a maximum of \$2,000 and/or one year imprisonment in 1960-61,³⁴ to \$5,000 in 1970,³⁵ and \$50,000 in 1977.³⁶ In addition to the drastically increased financial penalties, the amendments gave courts the authority to order polluters to take corrective actions and refrain from committing further offences.³⁷ Amendments were also included to make the process of proving substances deleterious less complicated.³⁸

To enforce this regulatory regime, administrators were given the power to require modifications or close down a polluting operation,³⁹ and to require disclosure of any plans concerning any activity likely to pollute.⁴⁰ Regulated operators could be compelled to conduct tests, install monitoring equipment and report monitoring results.⁴¹ A special corps of pollution inspectors was created.⁴² In emergencies, these inspectors were given

29. For a more comprehensive discussion of the legislative history of subs. 14(2), see Webb, *supra*, note 3 at 71-73.

30. See *Fisheries Act*, subs. 33(4).

31. See the *Pulp and Paper Effluent Regulations*.

32. See the *Metal Mining Liquid Effluent Regulations*.

33. See, e.g., the *Petroleum Refinery Liquid Effluent Regulations*; see also the *Meat and Poultry Products Plant Liquid Effluent Regulations*.

34. The 1960-61 *Fisheries Act*, s. 4. The maximum penalty for a first offence was \$1,000 or six months imprisonment or both, with \$2,000 or one year imprisonment for subsequent offences.

35. The 1970 *Fisheries Act*, subs. 3(2).

36. The 1976-77 *Fisheries Act*, subs. 7(1). The maximum penalty for a first offence is \$50,000, with \$100,000 as the maximum for subsequent offences.

37. See *ibid.*, subs. 7(2). An earlier version of this section, see *supra*, note 35, gave courts the power to order polluters to refrain from committing further offences, but did not include a power to order corrective actions.

38. *Supra*, note 35 and note 36, s. 9.

39. See the 1976-77 *Fisheries Act*, s. 8.

40. See *ibid.*, s. 8 (actual subs. 33.1(1)).

41. See *ibid.*, subs. 7(8) (actual subs. 33(14)).

42. See *ibid.*, s. 9 (actual subs. 33.2(2)).

the authority to take or direct corrective action.⁴³ If the federal government incurred any clean-up costs, polluters were to be liable for the expenses.⁴⁴ Polluters were also civilly liable to commercial fishermen for any loss of income caused by pollution.⁴⁵

By the mid-seventies, virtually all federal and provincial jurisdictions had promulgated control regimes similar to that described above with respect to the federal *Fisheries Act*. Thus, for example, in 1972, Quebec passed its *Environmental Quality Act*,⁴⁶ which prohibits the discharge of contaminants into the environment in excess of that provided by regulation.⁴⁷ Certificates of authorization are now required to operate a polluting activity.⁴⁸ Orders can be issued to stop or abate pollution and to install anti-polluting equipment.⁴⁹ Where a polluter is found guilty of an offence, the Minister of the Environment can take corrective steps at the expense of the convicted polluter.⁵⁰ The New Brunswick *Clean Environment Act*⁵¹ of 1973 and regulations⁵² prohibit discharges without the approval of the Minister.⁵³ Moreover, the Minister is authorized to use control and stop orders to limit, control or curtail pollution.⁵⁴ In Saskatchewan, pursuant to the *Air Pollution Control Act*⁵⁵ and associated regulations,⁵⁶ no person can operate an industrial operation which emits air pollutants without a permit.⁵⁷ In addition, the Minister has the authority to order pollution restrictions.⁵⁸ Other provincial

43. See *ibid.*, s. 9 (actual subs. 33.2(6)).

44. See *ibid.*, subs. 7(3) (actual subs. 33(10)).

45. See *ibid.*, subs. 7(3) (actual subs. 33(10.1)).

46. This legislation has been extensively amended since its introduction.

47. See the 1972 Québec *Environmental Quality Act*, s. 20.

48. See *ibid.*, s. 22.

49. See *ibid.*, ss. 25-27.

50. See *ibid.*, s. 115. The subsequent amendments to the *Act* have enhanced the powers of the Minister to take action where a person refuses or neglects to do something ordered, particularly in cases of emergencies.

51. This legislation has been extensively amended since its introduction.

52. See, e.g., the New Brunswick *Air Quality Regulations*, the *Pulp and Paper Industry Emission Regulations*, and the *Water Quality Regulations*.

53. For example, see the New Brunswick *Air Quality Regulations*, s. 3; *Pulp and Paper Industry Emission Regulations*, ss. 3-5; *Water Quality Regulations*, s. 3.

54. See *Clean Environment Act*, ss. 5-6.

55. The *Air Pollution Control Act* of Saskatchewan was passed originally in 1965.

56. See *Air Pollution Control Regulations*.

57. See *ibid.*, ss. 3, 4 and 6.

58. See *Air Pollution Control Act*, subs. 5(1).

jurisdictions use slightly different terms to describe their regulatory control structure, but operate in fundamentally the same way.⁵⁹

Underlying the shift from blanket prohibitions to control regimes was a fundamental shift in approach toward government handling of industrial pollution, a shift from simplistic, difficult-to-enforce commandments to more practical restrictions. While not without its share of problems, this shift represented the first indication of government coming to grips with environmental protection in Canada. Perhaps this new approach was no more clearly evident than in the following remarks of the federal Minister of Fisheries when major *Fisheries Act* pollution provision amendments were tabled in the House of Commons in 1970:

The sections in question [that is, the existing blanket prohibitions] were all too embracing, all too comprehensive.... What we really need in legislation of this kind is not an absolute prohibition on everything thrown into our waters but more precise measurements of what can be thrown into water and still keep it clear, clean and useful to fisheries.... [B]y defining in the regulations the concentrations of the various chemicals which can or cannot be tolerated ... we will have a more precise and useful tool in legislation....⁶⁰

The more "precise and useful" control approach is inherently more interventionist than the simpler prohibition method of earlier years. Government must determine what are acceptable levels of pollutants, what abatement technologies are practicable, what industries can afford, and what the public will tolerate. The control approach is also considerably more flexible than the blanket prohibition method in the sense that standards can be established for each industry sector,⁶¹ for particular regions,⁶² and even for individual operations.⁶³

59. For example, the *Manitoba Clean Environment Act* (originally passed in 1968; replaced by the *Environment Act*, S.M. 1987, c. 26, c. E125 of CCSM). Sections 2, 3 and 4 of the 1968 *Act* prohibited air, soil and water pollution respectively, except pursuant to "licences." The 1956 *British Columbia Pollution Control Act*, s. 7, later replaced by the *Waste Management Act*, used a "permit" system. The 1971 *Ontario Environmental Protection Act* uses "control orders," "programme approvals," etc. pursuant to Part IX (now Part X). The *Alberta Clean Air Act* and the *Alberta Clean Water Act* (both originally passed in 1971) use licences, control and stop orders, and permissible effluent discharge regulations. The *Prince Edward Island Environmental Protection Act*, s. 9, prohibits pollution unless approved and s. 6 authorizes use of ministerial orders. The *Newfoundland Department of Environment Act*, s. 24 (replacing the *Department of Provincial Affairs and Environment Act*, 1973, and successor to the *Water Resources and Pollution Control Act*, 1966-67 and the *Clean Air, Water and Soil Authority Act*) prohibits pollution subject to regulations, and s. 27 gives the Minister authority to issue orders. The *Nova Scotia Environmental Protection Act*, subs. 23(1) (successor to the *Environmental Pollution Control Act* and the *Environmental Protection Act*) prohibits discharges without a permit, and subs. 26(1) authorizes the Minister to issue orders.

60. See Canada, *House of Commons Debates* (20 April 1970) at 6089.

61. See, e.g., the *Ontario Air Contaminants from Ferrous Foundries* regulations, promulgated pursuant to the *Ontario Environmental Protection Act*.

62. See, e.g., the *Saskatchewan Shoreland Pollution Control Regulations*, promulgated pursuant to the *Saskatchewan Public Health Act*.

63. See, e.g., the *Alice Arm Tailings Deposit Regulations* promulgated pursuant to the federal *Fisheries Act*. The best examples of individualized standards are those reached pursuant to licences, permits, and control orders.

But the increased flexibility is achieved at a cost: increased government involvement in business decision making. From a practical standpoint, the shift from prohibition to control drove pollution abatement decisions underground into the quiet and less visible regulation and licence-negotiating processes of government. Over time, and in response to continued public pressure to do so, aspects of these underground bureaucratic processes have since made their way back to the surface, to be more public,⁶⁴ but progress has been slow.

64. For example, see provisions in the new (1987) Manitoba *Environment Act* which commit the government to inform and involve citizens at virtually every stage of the pollution control process. Discussed in greater detail *infra*, note 256.



CHAPTER TWO

Implementation

I. The Implementation Gap

By the mid-seventies, a fairly extensive regulatory pollution control framework was in place. Perhaps the highwater mark in legislative indignation over pollution was achieved in 1970 with the promulgation of the *Canada Water Act*, the preamble of which opens with the following stirring words:

[P]ollution of the water resources of Canada is a significant and rapidly increasing threat to the health, well-being and prosperity of the people of Canada and to the quality of the Canadian environment at large and as a result it has become a matter of urgent national concern that measures be taken to provide for water quality management in those areas of Canada most critically affected....

And yet, for all the fire and brimstone suggested by environmental legislation, in reality government has generally proceeded in a much quieter, less adversarial manner. In this sense, the *Canada Water Act* is a good point of departure for discussion of implementation of command-penalty environment legislation. What legislation *suggests* government is doing, and what government is *actually* doing have often been two different things. In Canada, some pollution control legislation remains virtually unapplied (the *Canada Water Act* is a good example of this: see discussion below) or is applied differently than one might expect after reading the legislation (see for example the following description of the *Fisheries Act* pollution provisions).

When the *Canada Water Act* was introduced in 1970 it was in many ways "milestone" legislation.⁶⁵ The Act authorized the federal government to, among other things, enter into co-operative federal-provincial water quality management arrangements, establish "water quality management areas"⁶⁶ where "regional management agencies"⁶⁷ could levy effluent charges to water users⁶⁸ or prosecute persons who

65. So described in R. Franson and A. Lucas, *Canadian Environmental Law Commentary and Case Digests*, vol. 1 (Toronto: Butterworths, 1978) at para. 4.2.2.1.1.

66. See *Canada Clean Water Act*, ss. 4, 8.

67. See *ibid.*, ss. 9, 11.

68. See *ibid.*, subpara. 13(1)(c)(iv).

deposited unauthorized wastes.⁶⁹ Ultimately, in the case of interjurisdictional waters, the federal government was authorized to act unilaterally to regulate water quality.⁷⁰ In fact, at the time of the final revision of this paper, no water quality management areas have been designated and no regional management agencies have been set up.

Unlike the *Canada Water Act*, many of the pollution control provisions of the *Fisheries Act* have been applied. However, after reading the legislation, the provisions have not been applied as often as one might expect, nor in the way one might expect. Federal officials only occasionally resort to the formal sanctions provided in the *Act*. Instead, officials are negotiating informal "compliance agreements" with many polluters, working in conjunction with provincial authorities and relying on formal sanctions only as a last resort.⁷¹

These gaps in implementation are a major source of problems for government as a whole, individual administrators and judges, polluters and potential polluters, victims of pollution, and members of the general public. Implementation gaps are a problem for government in the sense that non-application can be perceived as heel dragging. They are also a problem for administrators and judges in the sense that these officials must juggle the statutory rules and the often unstated real rules and yet must all the while appear competent and in control. The gaps are no less a problem for polluters, potential polluters, victims of pollution and members of the public, who turn to written legislation for guidance, only to learn that actual administrative practice is quite a different thing.

II. Exploring the Gap

A. Misconceptions About Pollution Control

In an effort to clear the deck of any preconceived notions which might impede understanding of the implementation gap, two popular misconceptions about pollution and its control by law are presented and refuted below.

Misconception #1

The administration of pollution control laws is similar to the enforcement of criminal laws. As such, government environment bureaucrats spend most of their time engaging in traditional police enforcement activities such as detecting violations, collecting evidence for prosecutions and initiating them, and licence suspensions.

69. See *ibid.*, s. 8.

70. See *ibid.*, ss. 9, 11.

71. See, generally, Webb, *supra*, note 3 at 52-429.

Dispelling the Misconception

While surveillance, detection and formal sanctioning are part of their functions, environmental bureaucrats are just as likely to be advising a polluter about a new pollution control technology, explaining how abatement expenditures may be eligible for a tax deduction or grant, or negotiating compliance agreements.⁷² Underlying this misconception concerning the nature of pollution control lies a fundamental point: acts causing pollution can rarely be characterized as criminal behaviour. Because of this, the criminal enforcement model has limited application in the regulatory pollution context.⁷³

Pollution can usually be divided into two major types: intentional and accidental discharges.⁷⁴ Most incidents of pollution can be characterized as accidents rather than acts of wilful harm.⁷⁵ Spill pollution is usually a relatively isolated, discrete event, the result of a lack of diligence on the part of company employees (such as turning on the wrong valve, connecting or disconnecting the wrong hose, and not following prescribed procedures), or an unexpected system breakdown (for example, an unusually heavy rainstorm causing a treatment pond to overflow). In contrast, with continuous pollution discharges there may be no discrete activity to be stopped or equipment disruption to be corrected. Instead, the problem may have existed for years and have been tolerated by government.⁷⁶ long-term and expensive design and equipment changes are usually required to correct such problems.

72. For summary discussion of federal activity, see LRCC, *supra*, note 12 at 37-49 and 60-69; for provincial descriptions, see Gibson, *supra*, note 12 at 134-135; and Thompson, *supra*, note 1. The degree of negotiation that takes place varies depending upon the type of "permission" involved, the administrative power of the official, and the jurisdiction.

73. Thompson, *supra*, note 1 at 2-3, comments:

A major conclusion of this overview study is that the role of government in relation to the environment can be more effectively analyzed and better solutions to problems can be achieved if the government is identified as a manager as well as a regulator, particularly when dealing with publicly owned natural resources. The role of the regulator is seen as reactive and policeman-like in stance, dependent on legislatively defined standards and rules together with penalties for enforcement to attain environmental goals. In contrast, government in the role of manager is perceived as a co-venturer with the private sector, with its responsibility being to ensure that various public interests are served in the planning and management of natural resource developments.

74. "Intentional" discharges, as used here, refers primarily to the notion of *mens rea*, and extends to encompass the related concepts of criminal negligence and criminal recklessness. "Accidental" discharges refers to a lack of criminal intent, criminal negligence or criminal recklessness.

75. See J. Swaigen and G. Bunt, *Sentencing in Environmental Cases*, (Study Paper) (Ottawa: LRCC, 1985), note at 45:

The typical case [that comes before the court] involves an accidental discharge of a small amount of a relatively safe substance, which is cleaned up quickly and involves little or no serious harm to the environment, or to human health.

However, the cumulative, synergistic, long-term effects of these small discharges can be serious.

76. A good example of official, legislated tolerance is the situation regarding the KVP Pulp and Paper Mill in Ontario, described in P.D. Emond, "Environmental Law and Policy: A Retrospective Examination of the Canadian Experience" in I. Bernier and A. Lajoie, eds., *Consumer Protection, Environmental Law, and Corporate Power* (Toronto: University of Toronto Press, 1985) 89 at 129-134. For examples of tolerance at the administrative level, see case histories of negotiations with the Irving Paper Mill of St. John and Crown Zellerbach in Webb, *supra*, note 3 at 188-191 and 377-393.

In the traditional criminal enforcement situation, the relationship between police and suspects typically begins with police reaction to a complaint or call for help, and ends shortly thereafter with a decision to arrest or not arrest the suspected criminal. Although a certain amount of dialogue does take place in "police-on-the-beat" situations,⁷⁷ the relationship between police and suspected criminals is typically kept short because the behaviour in question usually stops as soon as or before police arrive on the scene. Police usually deal with isolated, discrete incidents.

Because pollution problems often cannot be corrected overnight, extended, bargaining-type relationships between government officials and regulatees are often unavoidable. Government officials will usually not resort to formal sanctions if polluters agree to a schedule of improvements and changes which will abate the harmful discharge. Much as lawyers and government officials might feel more comfortable with an arm's-length, "me-talk-you-listen" stance to pollution control, a closer, sleeves-rolled-up relationship may be necessary:

Although the Ministry prefers to approach an industrial pollution problem by setting out the extent of abatement required and leaving to the company decisions about methods of achieving the abatement targets, the need, in the face of appeal rights, to set compliance targets that can be shown to be reasonable forces Ministry officials either to develop an understanding of technological options or to accept blindly the company's position on these matters.⁷⁸

Working out solutions to pollution problems is frequently an extremely difficult task, given technical, scientific and economic uncertainties which surround the various abatement options, and given the broader socio-political issues underlying these factors, such as pressure from environmental groups, riparian landowners and fishermen for immediate effective control versus demands from company officials, employees who feel their jobs are threatened, local politicians and business people to move slowly and thus maintain the economic viability of the operation.⁷⁹

These same technical, scientific and economic uncertainties, and underlying socio-political issues also render prosecutions difficult.⁸⁰ The complex and ongoing nature of many pollution situations and the continuous attention frequently needed so that equipment can be adjusted to meet changing circumstances does not mesh well with

77. See R. Ericson, *Reproducing Order: A Study of Police Patrol Work* (Toronto: University of Toronto Press, 1982) at 62-63.

78. See Gibson, *supra*, note 12 at 90.

79. A classic example of the jobs versus environment conflict has been the negotiation of a new control order for the Kimberly-Clark of Canada Ltd. pulp mill located at Terrace Bay, Ontario, which pitted environmentalists against a company which has been losing money and laying off workers in recent years. See "Confrontation coming in pulp-mill pollution fight" *The [Ottawa] Citizen* (27 November 1986); "Govt blasted for easing pollution order against mill" *The [Ottawa] Citizen* (8 January 1987); "Financial aid to pulp mill could rekindle trade troubles, Ont. treasurer says" *The [Ottawa] Citizen* (21 January 1987); K. Noble, "Pulp mill test of new pollution policy" *The [Toronto] Globe and Mail* (26 January 1987); M. Keating, "Kimberly-Clark told it must cut toxic waste" *The [Toronto] Globe and Mail* (26 January 1987); S. Oziewicz, "Terrace Bay paper mill wins delay on cleanup" *The [Toronto] Globe and Mail* (31 January 1987); A. Cohen, "The Politics of Pollution" *Financial Post* (16 February 1987).

80. See, generally, Webb, *supra*, note 3, chap. V.

the formal rules of procedure and the orientation of the courts to making single, discrete decisions about single, discrete events.⁸¹ Proof of violation can be extremely onerous and expensive.⁸² Excessive resort to prosecutions can harden adversarial attitudes, thus destroying co-operative relationships which encourage the free flow of information needed to work out solutions to regulatory problems.⁸³ Too much emphasis on prosecutions may decrease the likelihood that, in the case of emergencies, government officials would be notified promptly.⁸⁴

The decision whether or not to prosecute depends on many factors, including the behaviour and attitude of the alleged violator, his or her current efforts to correct the problem, the receptiveness of the court toward convictions for offences of this or a similar kind, the strength of the evidence, and the probability of or preference for prosecution by another enforcement authority. To take an example, in the case of *Fisheries Act* prosecutions of pulp and paper firms,⁸⁵ a study by the author revealed that federal officials variously considered the following factors: (1) courts often appear

81. This point is well made by Harrigan C.J., in *R. v. Irving Pulp and Paper Ltd.* (No. 2) (1977), 2 F.P.R. 82 (N.B. Prov. Ct), as quoted above at 43. See also, generally, C. Grau, "Whatever Happened to Politics? A Critique of Structuralist and Marxist Accounts of State and Law," in P. Bierne and R. Quinney, eds., *Marxism and Law* (New York: John Wiley and Sons, 1982) 205, where Grau states:

Courts recognize narrowly defined legal issues that may bear little resemblance to underlying social issues. Cases are tried only between legal parties with defined legal interests that conflict over narrowly drawn legal issues.

82. Perhaps the most expensive pollution trial in Canada was with respect to Suncor in Alberta in 1983. The prosecution of the oil-sands firm for the release of oil and grease into the Athabasca River is reported to have cost an estimated \$2 million, and resulted in a fine of \$8,000. See comments of E. Kupchanko, Assistant Deputy Minister of the Alberta Environment Department, as reported in "Prosecuting polluters is effective strategy, ministry lawyer says" *The [Toronto] Globe and Mail* (24 May 1984).

83. K. Hawkins, "Bargain and Bluff: Compliance Strategy and Deterrence in the Enforcement of Regulation" (1983) 5 *Law and Policy Quarterly* 35 at 47, describes the British environment officials' attitude (in part) as follows:

To 'use the big stick' or 'crack the whip' too zealously may well be counter-productive. For a field officer to be too eager or abrasive is to risk encouraging in polluters an unco-operative attitude or even downright hostility.

84. See *ibid.* at 49-50:

Forbearance helps generate a sense of trust which enhances the agency's ability to discover pollution and detect rule-breakers. Field staff are fond of pointing out that a polluter who trusts his field officer is willing to alert him on the first sign of trouble and will not seek to play problems down.

This is not to deny that a lack of will to use prosecution and other enforcement actions may induce "backsliding." See *infra*, note 114.

85. See Webb, *supra*, note 3 at 199-278. The factors which are described here are discussed in greater detail below.

reluctant either to convict industrial polluters or to levy substantial penalties;⁸⁶ (2) it is difficult to prove sublethal deleterious effects of effluent (see below at 39-42); (3) the provinces have water pollution legislation of their own in place and by administrative arrangement are usually considered the lead enforcement authorities (see below at 27 and 50-51); (4) rivalries exist among federal institutions as to who should bring the prosecution (see below at 25); (5) many pulp mills are currently receiving federal and provincial funding for mill modernizations which should remedy major water pollution problems (see below at 63-64); and (6) many pulp mills have entered informal "compliance agreements" with the federal government, allowing short-term violations of the legislation in return for commitments to long-term compliance.⁸⁷

Except in obvious cases of flagrant, or recklessly negligent pollution, court action may not hold the same appeal in pollution situations that it does for criminal wrongdoing.⁸⁸ A corollary to this general point regarding the inappropriateness of criminal notions of enforcement, is that a large number of prosecutions may not be an accurate indication that government officials are doing a good job, or, conversely, infrequent prosecutions may not indicate a lax government enforcement effort. Put simply, prosecutions are only one method of inducing compliance, and for many circumstances, they may not be the most effective method available.

It should be emphasized that the foregoing discussion is not intended to be taken as an indictment against strong enforcement action. A fair-but-firm enforcement policy (which necessarily includes resort to prosecutions and license suspensions, etc. whenever there is perceived foot dragging on the part of polluters, or flagrant violations of environmental standards) can, when coupled with a concerted negotiatory effort,

86. See Swaigen and Bunt, *supra*, note 75, at 14-15:

In fact, the fines in many environmental cases do appear to the public to be a "mere licence fee." There are several reasons for this: 1. Because of difficulties in obtaining the information and getting it before the court, prosecutors are often not in a position to provide evidence of the savings or gain arising from the offence or the offender's wealth. 2. As we have stated, the typical pollution offence brought before the courts and the typical offender bear little resemblance to society's vision of pollution as a global menace and polluters as midnight skulkers. 3. The maximum fines under all but a few statutes are so low that they cannot have any real financial impact on large corporations or reflect the gravity of the worst offences. 4. Large fines may not always be the appropriate means of obtaining general or specific deterrence, but they are often the only sentencing tool available. 5. While there is much broader consensus that prosecution results in deterrence in "instrumental" offences than there is that criminal sanctions are effective in deterring "expressive" ones, little is known about the role of the penalty in contributing to this deterrence, or the kind or degree of penalty that will result in deterrence without being unduly harsh. In these "instrumental" offences, the probability of prosecution and the timing of the charges, trial, and sentencing may play as great or greater a role than the penalty. 6. The public is often unaware of considerations that went into determining the size of the fine, such as expenditures made by the offender to prevent recurrence of the offence or voluntary compensation to victims.

87. J.L. Betts, of the federal Environmental Protection Service, Environment Canada, "Regulations and Waste Characterization," *Proceedings of Seminars on Water Pollution Abatement Technology in the Pulp and Paper Industry* (EPS Report) (Ottawa: Supply and Services Canada, 1976) 1.

88. For the federal Environmental Protection Service position, see Webb, *supra*, note 3 at 210. In U.K., Report of the Committee on Safety and Health at Work, Cmnd 5034 (London: H.M.S.O., 1972) at 82-83, the Committee noted that "the traditional concepts of the criminal law" are largely inapplicable in the field of safety and health at work, and suggested that future policy should be to institute proceedings only for offences of a flagrant, wilful or reckless nature.

lead to optimum environmental protection. The purpose of the preceding analysis has been to highlight some important distinctions between traditional criminal enforcement and pollution control administration, to help explain why the popular "police" model or perception of enforcement is in many cases inaccurate and inappropriate in environmental contexts.

Misconception #2

If pollution legislation is not being used, then there must be something wrong either with the legislation, or with the government officials charged with the responsibility of administering it.

Dispelling the Misconception

While undoubtedly there are occasions when legislation remains unapplied because it is unsuitable, or because government officials are, for one reason or another, neglecting their enforcement duties, this need not be the case. Government may decline to apply legislation for political, constitutional or strategic reasons which do not necessarily reflect inherent flaws in the legislation or in its administration.

For example, Part II of the *Canada Water Act*, which was promulgated in 1970, has remained largely unapplied⁸⁹ since that time. As was described earlier, the *Canada Water Act* was in many respects milestone legislation, espousing a basin-by-basin management approach to pollution control, authorizing unilateral federal action over interprovincial waters where federal-provincial co-operation could not be obtained, as well as providing for use of effluent discharge fees in addition to penalties for unauthorized waste discharges.

There are a number of possible explanations for the fact that Part II of the *Act* has not been applied. First, from a political standpoint, the *Act's* implicit threat of unilateral federal action was arguably sufficient to goad provincial action: this rendered its application unnecessary.⁹⁰ Second, from a constitutional perspective, the *Act* derives its legislative authority from a relatively untested heading, the "peace, order and good government" power.⁹¹ Because the federal government has other water pollution control legislation which rests on more traditional and accepted⁹² constitutional foundations,

89. For more detailed discussion of the *Canada Water Act*, see Webb, *supra*, note 3 at 493-501. The *Canada Water Act* is divided into four parts. Part I is concerned with "comprehensive water resource management," and provides for the establishment of formal federal-provincial consultative arrangements, and for the co-operative development of water resource plans and subsequent implementation. Pursuant to this part, studies have been undertaken, plans developed and implemented dealing primarily with drought and flood control (see Annual Reports for greater detail). Part II is specifically concerned with water quality management. Part III of the *Act* establishes a regime for the control in manufacture and importation of nutrients, particularly phosphates. Part IV contains provisions of general application.

90. For example, see Thompson, *supra*, note 1 at 22.

91. See *ibid.*

92. See, e.g., the *Fisheries Act* pollution provisions, based on federal constitutional authority over "Sea Coast and Inland Fisheries," as confirmed by the Supreme Court of Canada in *Fowler v. The Queen* (1980), [1980] 2 S.C.R. 213.

federal officials can afford to wait for the most favourable situation to arise before invoking the *Canada Water Act* and thus risking a possible court challenge of its constitutional validity. Finally, there are strategic reasons. Because the *Act* included a number of heretofore untried measures (for example, basin-by-basin management, federal-provincial administration, effluent discharge fees), a delay in implementation has given the federal government time to assess public, government and private sector reaction⁹³ and to make adjustments if necessary, and has allowed all parties time to get used to the novel concepts contained in the legislation.⁹⁴ It could be argued that the *Canada Water Act* waits in the wings for the appropriate time for implementation. It may not be necessary to implement the *Act* at all. Nevertheless, the fact that the *Act* has not been applied to date should not be taken to be a necessary indication that the legislation or its administration are deficient.

Because of the difficulty of conclusively determining the real reasons why a particular piece of legislation remains unapplied, an exploration of possible explanations is necessarily speculative. The purpose of the foregoing discussion of the *Canada Water Act* is not to defend the legislation, nor make a case for its use. Rather, it is to draw the reader's attention to the possibility that legislation might remain unapplied for reasons other than inherent problems with the legislation itself or with those officials responsible for its administration.

B. Problems with Legislation

Although regulatory control legislation is considerably more realistic and practical than the blanket prohibitions it has replaced, it nevertheless still has serious deficiencies which contribute to the implementation gap. Legislation which does not portray accurately or adequately day-to-day pollution control activities, and blunt sanctioning instruments are two legislative problems identified here. As well, the oft-heard cry that penalties attached to regulatory offences are not harsh enough is debated.

(1) Unrealistic Legislative Language

Pollution control legislation is typically drafted in language which suggests that implementation is a straightforward, almost mechanical process, when in fact government officials are attempting to cope with unstated, unresolved scientific, political, technical and economic factors. By not admitting to these operational realities,

93. This "phasing in" technique has been used with the transportation of dangerous goods legislation, where the act is passed by the legislatures, but then specific provisions are gradually proclaimed in force over time (e.g., see the legislative history of the *Alberta Transportation of Dangerous Goods Control Act*). Similarly, the "phasing in" technique could explain why Part IX of the *Ontario Environmental Protection Act* (the so-called "Spills Bill"), introduced in 1979, was not proclaimed in force until 29 November 1985.

94. For example, the fact that in the 1980s federal and provincial government have been able to agree on transportation of dangerous goods legislation which synchronizes federal-provincial activity on the area may be an indication that the co-operative efforts provided for in the *Canada Water Act* may yet bear fruit.

the legislation provides little guidance to government officials and courts, and can mislead everyone as to the real nature of pollution control.

The pollution provisions of the federal *Fisheries Act* and regulations are a good example of this phenomenon, although similar problems have been noted with provincial legislation.⁹⁵ Subsection 33(2) of the *Fisheries Act* forbids the deposit into water of substances deleterious to fish, except where authorized by regulation. If a literal interpretation of this provision were adopted, few industries in Canada could operate. Courts and government officials alike have struggled with the stark nature of the offence.⁹⁶ To give an illustration, there is evidence that the two federal departments which share responsibility for administering the *Fisheries Act*⁹⁷ — the Department of Fisheries and Oceans (DFO) and Environment Canada (EC) — have developed somewhat different interpretations of what is meant by subsection 33(2).⁹⁸ DFO has occasionally engaged in enforcement actions where EC has declined to do so. On the one hand, DFO's more strict interpretation is defensible on a literal reading of the provision; on the other hand, Environment Canada's less prosecution-oriented approach is arguably understandable, given that it is the department which must deal with industrial polluters on a day-to-day basis. A purely confrontational stance would result in minimal co-operation. Both positions have merit. The *Fisheries Act* provides no guidance. In the absence of this guidance, the two departments occasionally enforce the provision differently, leading to a perception that the federal government is speaking out of two sides of its mouth at the same time.⁹⁹ The *Fisheries Act* need not be drafted in such stark, simplistic terms: statutory provisions obligating administrators to take prescribed factors into account when making regulatory decisions do exist. For example, the British Columbia *Ministry of Forests Act*, paragraph 4(c), requires the provincial Department of Forests officials to consider non-forest resource uses (including, specifically, fisheries) in their planning functions.

Subsection 33.2(6) of the *Fisheries Act* authorizes inspectors to take or direct remedial actions in emergency situations. To date, however, this power has rarely been used. This situation can at least in part be attributed to the fact that in many circumstances resort to formal powers is not necessary to induce co-operation. However, an additional obstacle which might tend to prevent formal use of the power is the lack of regulations outlining how the inspector powers are to be utilized. As a result, the inspectors are given no guidance as to the proper procedures for order invocation, or the circumstances under which orders are to be issued.¹⁰⁰

Subsection 33.1(1) obligates persons who carry on or propose to carry on operations which are or might result in pollution to supply the Minister with information concerning their operations. The obligation can arise as a result of a request from the

95. See, e.g., Gibson, *supra*, note 12 at ii.

96. See, generally, Webb, *supra*, note 3, chap. V.

97. By administrative arrangement, described in greater detail in Webb, *supra*, note 3 at 156-162.

98. *Ibid.* at 162-171.

99. See, e.g., description of Westin Resources incident, *ibid.* at 163-166.

100. Described in greater detail in Webb, *supra*, note 3 at 262-274.

Minister, or without request as prescribed by regulations. (One should note that, to date, no such regulations have been promulgated.) However, this provision has rarely been expressly used.¹⁰¹ This lack of use is partly explained by the fact that federal officials can often obtain the information they need through provincial officials, or by simply asking for the information. But, should resort to formal powers prove necessary, there are problems associated with their use: any person who carries on any work otherwise than in accordance with any information provided pursuant to a subsection 33.1(1) request is guilty of an offence. The binding effect of this request for information power would tend to ensure minimal co-operation from a polluter. He or she will supply only exactly as requested, and will attempt to keep all plans as modest as possible. The "control order" effect of subsection 33.1(1) seems to create an atmosphere more conducive to constrained rather than constructive negotiation.

The *Pulp and Paper Effluent Regulations* prepared pursuant to the *Fisheries Act* were announced in 1971. The standards set for new, altered or expanded mills took effect in that same year, but a date for application of existing mill standards was not set out in the regulations and so the standards were not legally in force. In 1988, they are still not in force. The majority of Canadian pulp mills fit within the "existing" category. Until a date of application is set, all such mills are legally subject to the unrealistic blanket prohibition against the deposit of all substances deleterious to fish described in subsection 33(2) of the *Fisheries Act*.¹⁰²

Effluent regulations promulgated pursuant to the *Fisheries Act* set nation-wide effluent standards for six industrial sectors.¹⁰³ Typically, the sector-wide standards prescribe permissible effluent levels on a per-unit-of-water-discharged basis but do not set overall limits. The standards do not take into account the fact that the environmental impact of a discharge varies depending on the nature of the receiving waters. A slow moving, low volume river is less able to absorb a discharge than an ocean. In practice, government officials tend to devote more attention to those polluters discharging into sensitive ecosystems, but the regulations do not specifically authorize such actions. This leaves the officials open to criticisms of inconsistent treatment.¹⁰⁴

The *Fisheries Act* makes virtually no reference to the existence of provincial environment authorities, and does not provide for the delegation of enforcement responsibilities, yet in practice the two levels of government often agree to informal administrative arrangements to share responsibilities.¹⁰⁵ Because these arrangements

101. See *ibid.* at 250-252.

102. According to J. MacLachy (EPS, Ottawa) the federal government, in practice, tends to take a more strict enforcement line with respect to those polluters subject to specific regulations, as opposed to those subject to the blanket prohibition contained in subs. 33(2).

103. See the *Alice Arm Tailings Deposit Regulations*, the *Chlor-Alkali Mercury Liquid Effluent Regulations*, the *Petroleum Refinery Liquid Effluent Regulations*, the *Meat and Poultry Products Plant Liquid Effluent Regulations*, the *Metal Mining Liquid Effluent Regulations*, the *Potato Processing Liquid Effluents*, the *Pulp and Paper Liquid Effluent Regulations*. In addition, guidelines have been set for a number of industry sectors and sub-sectors.

104. See Webb, *supra*, note 3 at 84-88.

105. *Ibid.* at 174-197.

lack legislative authority, it has been possible for a private citizen to prosecute a polluter despite the fact that both federal and provincial officials had been satisfied with the polluter's abatement progress.¹⁰⁶ New federal and provincial transportation of dangerous goods legislation — which expressly recognizes the existence of both the federal and provincial enforcement presence and provides for delegation of administrative and enforcement responsibilities from one jurisdiction to another — would serve to demonstrate that statutorily co-ordinated federal-provincial responses are feasible.¹⁰⁷

Legislators have not been entirely successful at creating a legal regime which reflects the give-and-take relationship of the negotiation process and yet is quick, inexpensive and fair at attaining environmental objectives. A formal, legal negotiation process such as the Ontario control order or the British Columbia permit system, is fraught with pitfalls for the unwary. Are the terms of the control order sufficiently clear and precise so that, in the event of violation, enforcement is possible?¹⁰⁸ Will the company, at the end of negotiations, decide to appeal the terms as unreasonable?¹⁰⁹ Will the negotiation process be subsequently challenged by the company or third parties as being unfair?¹¹⁰

Because of the unwieldiness of formal legal mechanisms, administrators have frequently been tempted to enter into informal compliance arrangements with polluters.¹¹¹ But the dangers here are also great. Informal agreements, although frequently quicker and less expensive, operate in an ambiguous, murky world without clear structure and rules; this can understandably raise the suspicions of those not involved in the negotiations. Because the "real rules of the game" are not set out in advance, the likelihood of uneven application of the law is increased. Moreover, enforcement of informal sanctions can be even more difficult than that associated with formal instruments.¹¹²

106. See, e.g., *R. ex. rel. Howe v. Cyanamid Canada Inc.* (1981), 3 F.P.R. 151 (discussed in greater detail in *ibid.* at 286-292).

107. See, e.g., *Transportation of Dangerous Goods Act*, s. 25.

108. See *Mid-West By-Products Co. v. Clean Environment Commission* (1979), [1979] 6 W.W.R. 46 (Man. Q.B.). See also A. Ackerman and B. Clapp, *Fraser River Task Force Report* (Victoria: Government of British Columbia, 30 July 1980) for a 1980 look at the British Columbia situation, and Gibson, *supra*, note 12 at 58, concerning the Ontario situation in 1983.

109. For example, see description of lead industry challenges to control order standards in C.C. Lax, "The Toronto Lead-smelter Controversy" in W. Lewis, ed., *Ecology versus Politics in Canada* (Toronto: University of Toronto Press, 1979) 57. See also description of events surrounding issuance of amended control order to Inco, in Gibson, *supra*, note 12 at 74-78.

110. See *supra*, note 108; see also abuse of process and procedural fairness discussion, below at 43-50.

111. Webb, *supra*, note 3 at chap. V, describes the informal compliance agreements used by the federal government in relation to the pulp and paper industry. See also Gibson, *supra*, note 12 at 134-135 concerning the Ontario situation.

112. Webb, *ibid.* at 100-101, 205.

(2) Blunt Sanctions

The two major types of sanctions typically provided in legislation are court based (e.g. prosecutions) and administratively imposed (e.g. licensing actions¹¹³). Because of their comparatively¹¹⁴ great expense, length, and high public profile, court actions have usually been reserved for the more serious, substantive violations of environmental standards. In many cases, however, persons charged with polluting offences will plead guilty, thus permitting the Crown to avoid the potentially difficult task of proving that

113. The phrase "licensing actions," as used here, is a generic term intended to include alterations and restrictions to programme approvals, control orders, permits, compliance schedules and other administrative arrangements.

114. The comparison is with administrative mechanisms. J.Z. Swaigen, in "A Case for Strict Enforcement of Environmental Statutes" in L. Duncan, ed., *Environmental Enforcement* (Edmonton: Environmental Law Centre, 1984) 2 at 5), contends that, except in cases where the persuasive skills of administrators by themselves are sufficient to induce compliance, administrative control methods can also be expensive and lengthy.

[O]nce it becomes necessary to invoke any kind of formal sanction, it is unlikely that prosecution is any more time-consuming or expensive than other tools available to enforcement agencies. An authority wishing to convince a recalcitrant industry to install pollution abatement equipment or to impose a binding order on such an industry, has to do the same groundwork to justify its demands in an administrative process as it must in preparation for prosecution.

Although it is undoubtedly true that both judicially and administratively imposed sanctions can be time-consuming and expensive, a major distinction between the two approaches is the penal emphasis of court actions. Because the end result of a prosecution is potentially imprisonment or a large fine, the process of determining guilt or innocence beyond a reasonable doubt is a primary focus of attention for all parties concerned. The lab and investigative activities necessary to establish guilt beyond a reasonable doubt to the satisfaction of a court may far exceed the preparatory work necessary to persuade a polluter to agree to a new permit condition. With administrative actions, although government officials must be prepared to defend their actions first to the affected parties and then (on appeal) to the courts, the focus of attention is not so much on the guilt or innocence of the polluter, as on what action the polluter must now take or agree to. In essence, the emphasis of administrative actions is on getting the policy of environmental protection implemented, whereas the emphasis of prosecutions is on punishment. This is not to suggest that the one approach is better than the other. Both have their place. The punitive aspect of prosecutions is intended to lead to compliance of the individual polluter concerned and to other polluters in similar situations. In fact, as Swaigen notes (at 6), a firm but fair prosecution policy will likely enhance the position of government officials in their day-to-day contact with polluters.

It may be that, until judges, prosecutors and federal or provincial departments of Environment staff become more familiar and expert with the many subtle nuances of pollution offences, prosecutions will appear particularly cumbersome, lengthy and expensive. However, once this familiarization process has taken place, the ease of prosecutions will increase. This could be the moral underlying the following quote by E. Anthony, Assistant Deputy Minister, British Columbia Ministry of Environment, on the work of the Fraser River Task Force:

The prosecutions themselves proved time-consuming, expensive and cumbersome. The task force was disbanded in July, 1980 and the members returned to their homes around the province. As the cases came up, they were brought back to give evidence. The load on the Ministry's lab facilities was significant and impacted heavily on monitoring and inventory programs. The prosecutors were unfamiliar with environmental law and presentations often suffered. The judges had little precedent on which to rely and the sentences or fines were inconsistent (E. Anthony, "The Fraser River Task Force" in L. Duncan, ed., *Environmental Enforcement* (Edmonton: Environmental Law Centre, 1984) 78 at 79).

Note that the lab activities of the British Columbia Ministry of Environment became geared towards the court concerns with determining guilt or innocence, as opposed to the administrative concerns with ongoing compliance.

a violation did take place.¹¹⁵ Increasingly,¹¹⁶ legislation is being amended to provide courts with more innovative sentencing options than simply fines or imprisonment, including powers to suspend licenses in default of payment of any fine owed,¹¹⁷ to order remedial¹¹⁸ and preventive¹¹⁹ action and compensation for pollution victims,¹²⁰ to require offenders to publicize their offences¹²¹ and pay for the investigative expenses of agencies.¹²² Whether or not courts will make use of these additional sentencing options remains to be seen.¹²³

Depending on the jurisdiction and the regulatory regime, government officials have a variety of administrative mechanisms available to them. In some cases, an array of inter-dependent control devices are provided in legislation so that, in Ontario for example, a certificate of approval is needed to construct or alter a sewage system,¹²⁴ a permit is required to operate the sewage system,¹²⁵ and it is only granted when a sewage system meets provincial standards (e.g., a certificate of approval has been granted).¹²⁶ Moreover, licences must be issued to persons who are in the business of constructing or altering sewage systems, or storing or disposing sewage from sewage systems.¹²⁷ In some cases, a hierarchy of control mechanisms is established, so that, for example, violation of the terms of an Alberta Clean Air license could lead to the

115. According to Swaigen, *ibid.*, in Ontario, during the period from January 1981 to January 1984, approximately two-thirds of the polluters charged with offences under the Ontario *Environmental Protection Act* and the Ontario *Water Resources Act* pleaded guilty.

116. Three recent examples of legislative innovations in environmental sentencing powers are the December 1986 amendments to the Ontario *Environmental Protection Act*, the Ontario *Water Resources Act* and the *Pesticides Act* as provided in the *Environment Enforcement Statute Law Amendment Act, 1986*, the 1987 Manitoba *Environment Act*, and the Canadian *Environmental Protection Act*.

117. See, e.g., the Ontario *Environmental Protection Act*, s. 146e.

118. See, e.g., the Manitoba *Environment Act*, para. 33(b), the Ontario *Water Resources Act* (subs. 71(1)), and the Ontario *Environmental Protection Act*, s. 146d.

119. See, e.g., the Manitoba *Environment Act*, para. 33(a), the Ontario *Water Resources Act*, subs. 71(1), the Ontario *Environmental Protection Act*, subs. 146d(1).

120. See, e.g., the Manitoba *Environment Act*, para. 36(c), and the Canadian *Environmental Protection Act*, subs. 131(1).

121. See, e.g., the Canadian *Environmental Protection Act*, para. 130(1)(c).

122. See, e.g., *ibid.*, para. 130(1)(g).

123. On the basis of past experience, a note of guarded pessimism is in order here. A court ordering power to refrain from committing further polluting activities (s. 33(7)) was included in amendments to the federal *Fisheries Act* in 1970 and was further refined and expanded (orders to take measures to prevent the occurrence of further pollution) in 1977 amendments, but has rarely been used. For more detailed discussion concerning this power and its lack of use, see Webb, *supra*, note 3 at 230-234.

124. See the Ontario *Environmental Protection Act*, s. 64.

125. See *ibid.*, s. 67.

126. See *ibid.*, subs. 67(3).

127. See *ibid.*, s. 69.

imposition of an emission control order, a stop order, a prosecution, or both a stop order and a prosecution.¹²⁸

Government officials confronted with a violation of terms of an administrative agreement (e.g., a licence, permit, certificate of approval, etc.) have essentially three possible options available to them: they can re-negotiate the agreement and perhaps put into place a more demanding control mechanism, they can suspend the agreement, or they can launch an enforcement action (e.g., a stop order or a prosecution through the criminal courts, or both). On the one hand, mere re-negotiation of an agreement (even if it leads to more strict controls) might appear to be a rather weak response to non-compliance. On the other hand, suspending an agreement, ordering that a plant stop operations, or prosecuting might appear to be a rather drastic reaction in cases of relatively minor transgressions.

Barton, Franson and Thompson, in a study prepared for the Law Reform Commission of Canada and the Westwater Research Institute, have suggested that use of contracts as pollution control mechanisms might have certain advantages over existing approaches.¹²⁹ They point out that contracts are individual arrangements between government and private companies, entered into after negotiations, and that this describes many pollution control situations.¹³⁰ The authors contend that it would often be wrong to characterize many breaches of pollution control standards as the committing of criminal wrongs to be penalized. The contract model evades moral condemnation, is enforced through the civil process, and leaves open the possibility of civil damages for breach of contract terms.¹³¹ Barton *et al.* propose that the contract model for pollution control be grafted onto existing regulatory frameworks as an additional administrative approach to pollution control.¹³² They admit that the addition of a contract route where criminal sanctions would not apply would likely be controversial, and would require that the contract amendments be "carefully explained to the public."¹³³

It may not be necessary to go quite this far. Administratively imposed sanctions for minor and technical infractions could be provided to government officials.¹³⁴ As well, although not widely used in Canada, civil damages can be provided for violation

128. See the Alberta *Clean Air Act*.

129. See B. Barton, R. Franson and A. Thompson, *A Contract Model for Pollution Control* (Vancouver: Westwater Research Center, University of British Columbia, 1984).

130. See *ibid.* at 3.

131. See *ibid.* at 5.

132. See *ibid.* at 35-37.

133. See *ibid.* at 30.

134. See, e.g., the so-called "ticketing" offence regimes, such as those currently provided in the federal *Aeronautics Act*, ss. 6.6-7.2 as am. S.C. 1985, c. 28, s. 1; see also the Ontario *Provincial Offences Act*, esp. Parts I and II.

of licencing terms or regulatory offences.¹³⁵ The Administrative Law Project of the Law Reform Commission of Canada is exploring the possibility of a separate court and procedure for regulatory offences, not burdened by criminal preconceptions. In addition, more widespread use of performance bonds could give administrators extra leverage in their dealings with polluters.¹³⁶

(3) The Call for Harsher Penalties

The cry is frequently heard that penalties for breach of regulatory pollution offences are too light, that they are a "licence to pollute,"¹³⁷ and therefore must be increased. It is suggested here that in most situations the fines available are more than adequate, and that calls for increased penalties are the knee-jerk reaction of those not familiar with the actual situation.¹³⁸ In a 1985 study paper prepared for the Law Reform Commission of Canada, authors Swaigen and Bunt comment:

If the stereotyped view of pollution offences as deliberate endangerment of public health or mass destruction of the environment were accurate, there would be no question that penalties higher than the statutes call for, or the courts hand out, would be warranted. However, an analysis of the reported and unreported cases over the past decade shows clearly that the vast majority of cases that come before the courts do not fit this stereotype. Most cases do not involve large, powerful corporations, but small businesses, whose ability to pay is limited. The typical case involves an accidental discharge of a small amount of a relatively safe substance, which is cleaned up quickly and involves little or no serious harm to the environment, or to human health.

For the typical case, we cannot conclude that many of the maximum fines available under federal and provincial statutes, or the actual fines being meted out by the courts, are inadequate. In fact, in some cases the maximum fines available (not those actually imposed) may even be excessive to reflect the gravity of the typical case.¹³⁹

Swaigen and Bunt go on to note that "[t]he problems lie in the fact that fines alone are not adequate to deal with certain problems and the exceptional cases...."

135. See discussion of the American civilly imposed penalty "administrative judge" system, as described in V. Palmer, "The Evolving Role of Administrative Law Judges" (1984) 19 New England L. Rev. 755. See also the new *Manitoba Environment Act*, s. 36. The *Canadian Charter of Rights and Freedoms* [hereinafter *Charter*] and constitutional implications of use of administratively imposed sanctions need to be thoroughly explored. See also LRCC, *supra*, note 12 at 38 and 43.

136. In pollution control contexts, a performance bond could be described as a security which a regulatee provides to an authority as an assurance that the regulatee will carry out certain obligations. If the obligations are fulfilled, the security is returned. If not, the security is expended to carry out the obligations. Provisions authorizing use of performance bonds are included in the *Northern Inland Waters Act*, subs. 11(3) and 26(1); in the *Ontario Environmental Protection Act*, Part X-A; and in the *Department of Environment Act*, s. 38.

137. See, e.g., M. Keating, "Tougher Penalties Promised Against Polluting in Ontario" *The [Toronto] Globe and Mail* (27 May 1986).

138. Thompson, *supra*, note 1, notes at 5 that the weaknesses of the current system "will not be cured by enacting more statutes and regulations creating more environmental offences and penalties.... The writing of ... new prohibitions and penalties is often the response of the regulator who lacks the means or knowledge to manage a problem."

139. See *supra*, note 75 at 45.

From late 1986 to the time of final revisions of this paper, there was a flurry of legislative activity in several jurisdictions¹⁴⁰ which will significantly strengthen the penal and sentencing powers available to the courts in those jurisdictions. This new legislation includes higher maximum fines,¹⁴¹ and in some cases the introduction of minimum fines,¹⁴² different penalties for corporate and individual offenders,¹⁴³ the ability to directly convict officials within corporations responsible for offences,¹⁴⁴ jail terms,¹⁴⁵ and the ability to factor into the penalty imposed the profit accrued as a result of the violation.¹⁴⁶ In addition to these increased penalties, courts have been given greater ordering powers (discussed above at 29). Whether the penalties and powers formerly in place were insufficient is a debatable point. What is incontrovertibly evident, however, is that the amendments will provide a clear message to judges, government officials and polluters that legislators in those jurisdictions consider harm to the environment to be a serious problem, worthy of strong action. It remains to be seen whether other jurisdictions will find it necessary to express a similar renewed and invigorated commitment to environmental protection.

To date, courts have rarely imposed the full possible penalties available to them, but there are signs of growing judicial impatience with recalcitrant industrial operators. In a 1983 case, the Northwest Territories Territorial Court put a convicted corporate polluter on probation for a year.¹⁴⁷ In a 1986 case, the Ontario High Court convicted a corporate polluter of contempt of court for continued flagrant violation of discharge

140. See *supra*, note 116.

141. See, e.g., the potential fines available for breach of s. 51 of the Ontario *Water Resources Act* increased from \$200 per day to \$25,000 (first offence, corporation or municipality) and \$50,000 (subsequent offences, corporation or municipality).

142. See, e.g., the Ontario *Environmental Protection Act*, s. 146a, which provides for a minimum fine of \$2,000 for corporations convicted of breaching subs. 13(1) or 119(1) of the Act. Some jurisdictions already have minimum fines in their legislation: e.g., Québec *Environmental Quality Act*, s. 106; also, the Prince Edward Island *Environmental Protection Act*, ss. 6 and 9.

143. An example is the Ontario *Environmental Protection Act*, subs. 146a(1), which sets out minimum and maximum fines for corporations convicted of offences set out in subs. 13(1) or 119(1) of the Act, while subs. 146a(2) provides for the additional possible punishment of imprisonment for individuals convicted of subs. 13(1) or 119(1). See also the Québec *Environmental Quality Act*, s. 106.

144. Section 147a of the Ontario *Environmental Protection Act* states that officials of a corporation that engages in an activity possibly resulting in pollution has a duty to take all reasonable care to prevent the corporation from causing or permitting pollution, and is guilty of an offence if they do not carry out that duty, regardless of whether or not the corporation has been prosecuted or convicted for the incident of pollution in question.

145. See, e.g., the Manitoba *Environment Act*, subs. 33(1). Certain existing legislation already provided the offence of imprisonment: e.g., the *Oil and Gas Production and Conservation Act*, ss. 19.1 and 49; the *Environmental Contaminants Act*, subs. 8(5); the *Alberta Clean Water Act*, s. 15.

146. See the Manitoba *Environment Act*, para. 36(d).

147. *R. v. Panarctic Oils Ltd.* (1983), 3 F.P.R. 429 N.W.T.T.C. Note, however, that in *R. v. Algoma Steel* (1977), 1 W.C.B. 118, the Ontario Provincial Court held that probation is not possible for corporations on provincial offences.

standards.¹⁴⁸ Cases such as this illustrate that "where there is a will, there is a way": in many circumstances courts do have the necessary penalties and powers to severely reprimand and control polluters. This having been said, the recent initiatives to strengthen the court's powers in dealing with polluters does reinforce the message of society's abhorrence of environmental harm, and improves the hand of government in its dealings with polluters.

C. Courts, Pollution and Pollution Control

While legislatures, government officials, industry and the public have been struggling to come to grips with pollution control, so have the courts. In some respects, it can be argued that Canadian courts have made progress, such as with the introduction of the strict liability offence, with its better suitability to most pollution incidents. In others, characteristics of the judicial process have not been conducive to effective and efficient resolution of pollution problems, such as the focus of the courts on guilt and innocence, and on discrete and isolated incidents.

Discussion here concentrates on the problems courts have had grappling with the scientific, technically imprecise and value-laden nature of pollution activity, and with the ongoing nature of much pollution control. Pollution does not resemble the typical criminal violation which courts are most familiar with because the activity of polluting often defies reduction to simple legal formulae, and because most prosecuted incidents of pollution cause no substantial or permanent harm to the environment or human health (although the cumulative, synergistic, long-term effects can be serious).¹⁴⁹ Because abatement often cannot be achieved overnight, and frequently necessitates close government-industry co-operation as solutions are worked out, again it does not resemble the typical police-criminal relationships which courts are most familiar with. As a consequence of these factors, prosecutions for pollution offences can be time-consuming, expensive, and yield inconsistent verdicts from one trial to another.¹⁵⁰ In light of this situation, government officials have not been able to rely on courts to the extent that police do in criminal enforcement. It should be reiterated, however, that in many cases polluters will plead guilty, thereby relieving the Crown of the burden of proving that an offence took place.¹⁵¹ Thus, the following comments describing the problems associated with courts should not be taken as indication that prosecutions should not be undertaken. In fact, there is evidence to indicate that better co-operation follows from prosecution.¹⁵²

148. *R. v. B.E.S.T. Plating Shoppe Ltd.* (1986), 1 C.E.L.R. (N.S.) 85 (Ont. H.C.). Holding of contempt of court against corporate offender upheld by Ontario Court of Appeal: (1987), 1 C.E.L.R. (N.S.) 145. Decision reversed with respect to individual corporate official.

149. See Swaigen and Bunt, *supra*, note 75 at 45.

150. See comment to this effect by the Assistant Deputy Minister of Environment of British Columbia as quoted in *supra*, note 114, but note that these problems may subside with time and experience.

151. According to Swaigen of the Ontario Ministry of Environment, approximately two thirds of polluters plead guilty to pollution offences brought in that province. See *supra*, note 115.

152. See *supra*, pp. 28-29 and note 115.

(1) Courts and the Polluting Activity

(a) *Characterization of the Pollution Offence*

In Canada, prior to the 1970s, courts and legislatures tended to classify offences into essentially two categories: absolute liability and criminal.¹⁵³ With absolute liability offences, only proof that the violating act took place is necessary, and a conviction will ensue. The intentions of the accused are not relevant, regardless of whether the offending act was maliciously planned, recklessly negligent, or morally innocent. At the other end of the spectrum, *mens rea* — a “guilty mind” — must be proven before a conviction for a criminal offence is secured.

Regulatory pollution offences do not easily fit into either the absolute liability or criminal categories. Typically, pollution offences are drafted using language which does not clearly indicate whether intention is a necessary element, such as “no person shall deposit, permit to be deposited or cause to be deposited, substances harmful to the environment.”¹⁵⁴ Characterization of pollution offences as either criminal or absolute liability often determines whether or not an accused will be convicted. If a court concludes that a pollution offence is criminal, so that *mens rea* must be proven, it can be very difficult to secure convictions, since many acts of pollution are not deliberate (for example, spills) and are perpetrated by corporations (in which case establishing intent for a corporate body can be an extremely onerous task).¹⁵⁵ On the other hand, court characterization of a pollution offence as one of absolute liability means that polluters can be convicted even though they had done everything possible to avoid the discharge. Prior to the Supreme Court of Canada decision in *Sault Ste. Marie*, in 1978, courts in Canada were reaching inconsistent conclusions — some finding *mens rea* to be a necessary element, some finding it unnecessary, some providing defences, some not providing defences.¹⁵⁶

In *Sault Ste. Marie*, an information was laid against the city that it discharged, or caused to be discharged, or permitted to be discharged or deposited materials into certain waters in contravention of subsection 16(1) (then subsection 32(1)) of the *Ontario Water Resources Act*. The key issue in contention was whether or not the accused municipality was liable for the actions of a private company which it had contracted to dispose of the municipality’s garbage. Terms of the contract included a provision requiring the private company to perform the disposal operations to the satisfaction of municipal officials. The guilt or innocence of the accused municipality largely depended upon whether or not the prosecution had to prove the existence of *mens rea*, or some lesser standard. The trial court judge held that subsection 16(1) was an offence which did not require proof of *mens rea*, while the Divisional Court and

153. See historical discussion of Dickson J., in *R. v. City of Sault Ste. Marie* (1978), [1978] 2 S.C.R. 1299 [hereinafter *Sault Ste. Marie*].

154. See, e.g., the federal *Fisheries Act*, subs. 33(2); the *Ontario Water Resources Act*, subs. 16(1).

155. See, e.g., J.C. Coffee, “‘No Soul to Damn: No Body to Kick’: An Unscandalized Inquiry into the Problem of Corporate Punishment” (1981) 79 Mich. L. Rev. 386.

156. See historical discussion by Dickson J., in *Sault Ste. Marie* at 1316-1327.

Court of Appeal had concluded that subsection 16(1) created a *mens rea* offence.¹⁵⁷ At the Supreme Court of Canada, Dickson J. (as he then was) speaking for the court, observed that "public welfare" offences such as subsection 16(1) ...

lie in a field of conflicting values. It is essential for society to maintain, through effective enforcement, high standards of public health and safety. Potential victims of those who carry on latently pernicious activities have a strong claim to consideration. On the other hand, there is a generally held revulsion against punishment of the morally innocent.¹⁵⁸

Dickson J. formally recognized the existence of a new category of offence, called strict liability, which lies between the extremes of absolute liability on the one hand and *mens rea* on the other. With strict liability offences ...

there is no necessity for the prosecution to prove the existence of *mens rea*; the doing of the prohibited act *prima facie* imports the offence, leaving it open to the accused to avoid liability by proving that he took all reasonable care.... The defence will be available if the accused reasonably believed in a mistaken set of facts which, if true, would render the act or omission innocent, or if he took all reasonable steps to avoid the particular event.¹⁵⁹

In arriving at this conclusion, Dickson J. followed the recommendations of the Law Reform Commission of Canada.¹⁶⁰

As a result of recognizing this strict liability offence and its defence of all reasonable care, Dickson J. noted that it is not up to the prosecution to prove negligence. Instead, it is open to the accused to prove that all due care has been taken. While the prosecution must prove beyond a reasonable doubt that the accused committed the prohibited act, the accused must only establish on the balance of probabilities that he has a defence of due diligence, or reasonable care.¹⁶¹ Then, the prosecution must refute the due diligence defence to secure a conviction.

Dickson J. decided that public welfare offences such as those provided in the *Ontario Water Resources Act* would be presumed to be of the strict liability type, unless the statute creating such offences used words clearly indicating *mens rea*, such as "wilfully," "with intent," "knowingly" or "intentionally."¹⁶² In order to distinguish strict from absolute liability offences, Dickson J. suggested that courts should look at the overall regulatory pattern of the legislation, the subject matter of the legislation, the importance of the penalty and the precision of the language used.¹⁶³

157. See *R. v. Sault Ste. Marie* (1976), 70 D.L.R. (3d) 430 (Ont. C.A.).

158. See *Sault Ste. Marie* at 1310.

159. See *ibid.* at 1326.

160. See LRCC, *Our Criminal Law* (Report 3) (Ottawa: Supply and Services Canada, 1976); *The Meaning of Guilt: Strict Liability* (Working Paper 2) (Ottawa: Information Canada, 1974). These documents were cited at 1320 of *Sault Ste. Marie*.

161. See *Sault Ste. Marie* at 1325.

162. See *ibid.* at 1326.

163. See *ibid.*

As is often the case with solutions, the *Sault Ste. Marie* decision corrected one problem only to create a new set of difficulties. On the one hand, the decision eliminated a great deal of confusion about the *mens rea* element, and the nature and content of defences available for most pollution offences. The solution adopted in *Sault Ste. Marie* is arguably both equitable and sensible, since prosecutors need not overcome the often impossible burden of proving intention, while the accused can avoid liability for morally blameless behaviour.

Unfortunately, *Sault Ste. Marie* raised a whole new set of difficulties. The first problem is identifying the offences which should now fit in the strict liability category. Even if most substantive environmental offences can be characterized as "strict liability," what about procedural breaches such as transgressions of licensing requirements in environmental statutes? Some courts have concluded that licensing-requirement transgressions are absolute liability offences, and that a due diligence defence therefore is not appropriate.¹⁶⁴ Suffice it to say that recognizing a middle ground between *mens rea* crimes and absolute liability offences does not solve the characterization problem, it simply adds another choice. To its credit, however, the *Sault Ste. Marie* decision set out what those choices are and supplied criteria for identifying them.

Some commentators have argued that the strongly expressed revulsion of Dickson J. against the punishment of the morally innocent sounded the death knell for absolute liability offences.¹⁶⁵ Dickson J. noted that "absolute liability violates fundamental principles of penal liability."¹⁶⁶ It has been suggested that absolute liability offences also violate principles of fundamental justice protected by section 7 of the *Charter*. Subsequently, the Supreme Court of Canada has concluded that mandatory imprisonment for an absolute liability motor offence violates "fundamental principles of justice"¹⁶⁷ protected by the *Charter*.

In addition to the difficulties with characterization, the *Sault Ste. Marie* decision created a second major problem in establishing a due diligence defence. If the introduction of the strict liability offence improved the likelihood of conviction by eliminating the need for proof of *mens rea*, at the same time it decreased that likelihood with the recognition of the due diligence defence. Just what will be an acceptable defence of due diligence? "Uncertainty in the law is the unwelcome product of *Sault Ste. Marie*," remarked one commentator.¹⁶⁸ It may be easy to create a "paper" due

164. E.g., *R. v. Canadian International Paper Company* (1983), 12 C.E.L.R. 121 (Co. Ct Ont.).

165. See M.J. Conklin, "Strict Liability: The Doctrine in *Sault Ste. Marie* — Judicial Creativity Gone Sour?" (1982) 3:5 *Crown Coun. Rev.* 9 at 12.

166. See *Sault Ste. Marie* at 1311.

167. *Re B.C. Motor Vehicle Act* (1985), [1985] 2 S.C.R. 486. Still, some environmental offences have been recently held to be of absolute liability: for example, construction or alteration of equipment so that a contaminant may be emitted without first obtaining a certificate of approval, contrary to s. 8(1) of the *Ontario Environmental Protection Act*, has been held to be an offence of absolute liability to which a due diligence defence is not available: *R. v. Canadian Pacific Ltd.* (1983) 12 C.E.L.R. 101 (Ont. Prov. Ct.).

168. See Conklin, *supra*, note 165.

diligence defence. This could be done by indicating that, for example, instructions were provided to employees so that spills would not occur. But will courts accept this? One court, in a rigorous application of the defence, concluded as follows:

What [the accused] must do is create a proper system, and for that it is knowledgeable of what should be done, but I think it is quite insufficient to say, 'We hire and train carefully.' In this case, in my view, due diligence has not been shown. I think that is what the trial judge meant when he said: "... 'reasonable precautions' must be held to include a close and continual scrutiny of the valves in question throughout the entire pumping procedure or, failing such scrutiny, some other method of ensuring that the valves in question would be closed and remain closed throughout."¹⁶⁹

At the other extreme, evidence of government action, inaction, or acquiescence has been accepted as a relevant consideration by courts in a due diligence defence:

In my respectful opinion, the *appellant took all reasonable care* in the circumstances and in these circumstances two things must be noted, namely, *that the delays [were] created by the government* and that there were unusual rains both of which could not have been reasonably anticipated or foreseen by the appellant.¹⁷⁰ (Emphasis added)

Government negotiating practices can in effect now be subject to the glare of court scrutiny in the course of a pollution prosecution. Depending upon how consistent government negotiations are, and how complete are the administrators' records of these negotiations, this can work for or against a due diligence defence. It could work *against* a due diligence in the sense that a thorough and consistent effort by government officials, as reflected by administrators' records, would help to defeat an accused's due diligence defence.

Clearly, there is a heavy onus on government officials not only to provide evidence that pollution has taken place, but also to establish that the preventative system at the accused's operation is insufficient:

Pollution inspectors trained to take samples of toxic materials and trace a pollution trail to its source, will now also have to establish who gave the orders that led to the pollution, who carried them out, what supervision was provided, how the equipment was maintained, and many other matters....¹⁷¹

In effect, this has forced government to adopt more complete and rigorous investigatory tactics,¹⁷² although in theory government should have always been carrying out thorough investigations of this nature so that the prosecutor could better speak to sentence.¹⁷³ The due diligence defence has also lead to more lengthy and expensive trials.¹⁷⁴ Undoubtedly, the accused is in a position to dazzle the court with a

169. *R. v. Gulf of Georgia Towing Co.* (1979), [1979] 3 W.W.R. 84 at 88 (B.C.C.A.).

170. *R. v. Byron Creek Collieries Ltd.* (1979), 8 C.E.L.R. 31 at 39 (B.C. Co. Ct).

171. See Swaigen, "Procedure in Environmental Regulation," in Finkle and Lucas, eds., *supra*, note 12 at 94-95.

172. M. Jeffery, "Environmental Enforcement and Regulation in the 1980's: *Regina v. Sault Ste. Marie Revisited*" (1984) 10 Queen's L.J. 43 at 68.

173. This point was made by Franson, Franson and Lucas in *Environmental Standards* (Edmonton: Environment Council of Alberta, 1982) at 192.

174. See Anthony, *supra*, note 114 at 79 and Jeffery, *supra*, note 172 at 66-69.

defence highlighting its expensive and thorough environmental control systems while prosecutors must largely react, defend government actions or inactions, and hope to dispel the favourable impression left in the court by the accused's testimony. Still, evidence to date indicates that conviction rates have not decreased since the *Sault Ste. Marie* case.¹⁷⁵

As time goes on, it is becoming apparent that what the courts intended to be a middle ground between two extremes has actually rendered resort to the "heavier" criminal extreme largely unnecessary. Like crimes, strict liability pollution laws can attract heavy fines¹⁷⁶ and even imprisonment.¹⁷⁷ Generally, they are treated seriously by courts¹⁷⁸ and regulatees¹⁷⁹ and possess significant negative societal stigma.¹⁸⁰ Strict liability offences can be used to address both intentional and negligent pollution activity equally well, and yet the strict liability offence avoids the difficult task of proving the existence of *mens rea*. Finally, Dickson J.'s characterization of pollution offences as civil and public welfare in nature rather than criminal (but still requiring proof beyond a reasonable doubt) may also support procedural innovations in sentencing which are not possible with criminal offences. Swaigen and Bunt elaborate on this point:

Thus, for example, while in criminal cases the Crown must disclose its case but the accused may maintain absolute silence and search warrants are needed to obtain evidence, in civil matters mutual discovery and production of documents are considered unexceptionable. Similarly, the differences may justify reversals of onus in evidentiary matters that would be unacceptable in criminal cases. For example, recognizing that the complexity of corporate structure, business arrangements and pollution control systems make it impossible for the Crown to prove negligence, the Supreme Court has shifted the onus of proving reasonable care to the defendant. The same fact (that the corporation is generally the only one that has the means of proving its size and wealth, profits realized by the offence, and the costs and benefits of compliance with the statute), might support changes in sentencing procedure such as: (a) a shift in the onus of proof of ability to pay, or illegal gain, to the defendant; (b) discovery by the Crown; or (c) a separate trial of the quantum issue before a different court official than the trial judge (similar to the use of a master in civil proceedings).

The characterization of public welfare offences as civil might also provide additional support to the use of the sentencing process to provide compensation or restitution to victims. The force of arguments that the criminal courts are "not a collection agency" is

175. *Ibid.*

176. See, e.g., the *Fisheries Act* with fines of up to \$100,000 for repeat offences (subs. 33(5)).

177. See, e.g., the *Oil and Gas Production and Conservation Act*, ss. 19 and 49, the *Environmental Contaminants Act*, s. 8, the *Transportation of Dangerous Goods Act*, s. 6.

178. See, e.g., *R. v. United Keno Hill Mines Ltd.* (1980), 10 C.E.L.R. 43 (Y.T. Terr. Ct); *R. v. Panarctic Oils Ltd.*, *supra*, note 147.

179. Ontario Ministry of Environment officials estimate that 80% to 90% of the companies they work with undertake clean up programmes which are completely voluntary: P. Ohlendorf, "Waste Not Want Not" (August 1986) *Report on Business Magazine* 42 at 46.

180. Neil Mulvaney, Director of Legal Services for the Ontario Ministry of Environment, stated: "I have the feeling that most industries prefer to avoid prosecutions for a number of reasons and a fine is just one of them." As reported in Ontario, Standing Committee on Resources Development, *Final Report on Acidic Precipitation, Abatement of Emissions From the International Nickel Company Operations at Sudbury, Pollution Control in the Pulp and Paper Industry, and Pollution Abatement at the Reed Paper Mill in Dryden* (October 1979) at 67.

blunted by the characterization of these offences as "civil," since in the traditional sense of the word, civil action implies in addition to a system of righting wrongs, a method of providing redress through injunctions and damages.¹⁸¹

In short, the middle ground forged by the Supreme Court of Canada in *Sault Ste. Marie* has changed the face of environmental protection in Canada, forcing changes in government practices and court interpretations and making pollution offences more appropriate to corporate behaviour. It would appear that more developments arising from the decision may await us in the years ahead.

(b) *The Proof Process*

The difference between conviction and acquittal in pollution prosecutions is often the Crown's ability (or lack thereof) to prove that a deposit or emission qualifies as pollution as defined in legislation or regulations. This can be an extremely difficult task. To illustrate, consider court interpretation of the federal *Fisheries Act*, wherein water pollution is described as "deleterious substances" deposited into water frequented by fish. "Deleterious substance" is defined in subsection 33(11) of the *Act* as:

(a) any substance that, if added to any water, would degrade or alter or form part of a process of degradation or alteration of the quality of that water so that it is rendered or is likely to be rendered deleterious to fish or fish habitat or to the use by man of fish that frequent that water, or

(b) any water that contains a substance in such quantity or concentration, or that has been so treated, processed or changed, by heat or other means, from a natural state that it would, if added to any other water, degrade or alter or form part of a process of degradation or alteration of the quality of that water so that it is rendered or is likely to be rendered deleterious to fish or fish habitat or to the use by man of fish that frequent that water, and without limiting the generality of the foregoing includes

(c) any substance or class of substances prescribed pursuant to paragraph (12)(a),

(d) any water that contains any substance or class of substances in a quantity or concentration that is equal to or in excess of a quantity or concentration prescribed in respect of that substance or class of substances pursuant to paragraph (12)(b), and

(e) any water that has been subjected to a treatment, process or change prescribed pursuant to paragraph (12)(c);

In effect, then, water pollution is defined in terms of harm to "fish" (and man's use of it), and "fish habitat." Both of these terms have been statutorily defined in expansive terms so that essentially all forms of marine life are included.¹⁸²

181. See Swaigen and Bunt, *supra*, note 75. In this excerpt, the authors did not distinguish between summary and indictable criminal offences. It should be noted that the time and extent of Crown disclosure before the actual trial differs depending on the type of offence concerned: there is no preliminary hearing in summary conviction offences.

182. See *Fisheries Act*, s. 2: "'fish' includes shellfish, crustaceans, marine animals and the eggs, spawn, spat and juvenile stages of fish, shellfish, crustaceans and marine animals; and subs. 31(5): "'fish habitat' means spawning grounds and nursery, rearing, food supply and migration areas on which fish depend directly or indirectly in order to carry out their life processes."

Courts have wrestled with the definition of "deleterious substance" on numerous occasions. The varied and at times conflicting decisions which have resulted suggest that defining pollution in legal terms has not been an easy task for the legislators or the courts. First note that, stripped to its essentials, the definition of "deleterious substance" provided by subsection 33(11) is fundamentally circular:

"deleterious substance" means any substance that, if added to any water [renders it deleterious to fish....

The problem remains, what is "deleterious"? As Judge Seaton stated in *R. v. MacMillan Bloedel (Alberni) Ltd.*,¹⁸³ "I must agree with the Provincial Court judge that a definition section that uses the word defined is awkward."

And there are other definitional ambiguities which have contributed to prosecutorial and judicial uncertainty. Courts have reached conflicting conclusions on whether or not the Crown must prove that a substance is deleterious in the receiving water in question. The problem originates with the subsection 33(11) phrase "deleterious substance means any substance that, if added to any water...." In *R. v. Imperial Oil Enterprises Ltd.*,¹⁸⁴ Kimball J. of the Nova Scotia Magistrate's Court stipulated that the Crown must demonstrate that the water into which the deposit is made is rendered deleterious. Taking a contrary view, the British Columbia Court of Appeal has ruled that it is not necessary to ascertain whether the receiving water itself is rendered deleterious, as long as the substance is proven deleterious in any water.¹⁸⁵ While it appears more sensible that a prosecutor prove a substance deleterious in the receiving water in question, the "any water" interpretation is supportable by a strict reading of subsection 33(11). Until the subsection 33(11) definition is clarified, courts, prosecutors, and accused persons will remain uncertain as to which interpretation is correct.

Even where there is a documented fish kill, proof beyond a reasonable doubt that a substance is deleterious may not be straightforward. The Crown must still establish to the satisfaction of the court, a connection between the particular discharge in question and the fish kill.¹⁸⁶ The situation is even more difficult when there are no obvious fish kills. A substance can be deleterious to fish without being immediately lethal. Instead of documented fish kills, prosecutors must contend with more nebulous indicia of harm such as "reduced fertility," and "shortened lifespan."¹⁸⁷

The process of proving a substance deleterious to fish can be lengthy, technical and expensive, requiring laboratory test results, and the testimony of experts. Courts expect the same high standard of professionalism in obtaining, transferring, analyzing, storing, and producing evidence for pollution offences as they do for narcotics

183. (1979), 2 F.P.R. 182 at 184-185 (B.C.C.A.).

184. (1978), 2 F.P.R. 155 (N.S. Mag. Ct).

185. See *supra*, note 183.

186. See, e.g., *R. v. Reichhold Chemicals (Canada) Ltd.* (1969), 1 F.P.R. II at I where, despite the evidence of a fish kill, the accused was acquitted due to technical evidentiary problems.

187. An excellent summary of some of the known sub-lethal deleterious effects to salmon is contained in an article by Dr. T. Reimchen, "Mud in Your Stream of Vision" (Spring 1980) *All Alone Stone* 7-14.

offences.¹⁸⁸ Because there is no scientifically accepted definition of pollution, laboratory tests and expert testimony can often be challenged.¹⁸⁹

Subsection 33.2(11) of the *Fisheries Act* authorizes the minister to designate "analysts" who are to provide courts with "certificates" of substance analysis. The certificates are admissible in evidence, "in the absence of any evidence to the contrary," as proof of the statements contained therein. However, the certificate route only appears to expedite proceedings when the party against whom the evidence is produced does not wish to challenge the certificate or its contents.¹⁹⁰ To date, no subsection 33.2(11) certificates have been issued.

Pursuant to the *Act*,¹⁹¹ substances can also be deemed deleterious and have been declared so in regulations. For example section 3 of the *Pulp and Paper Effluent Regulations*, declares "total suspended solids," "oxygen-demanding decomposable organic matter," and "toxic wastes" as deleterious substances. Similarly, arsenic, copper, lead, nickel, zinc, total suspended matter, and radium 226 have been declared deleterious pursuant to section 4 of the *Metal Mining Liquid Effluent Regulations*.¹⁹²

Even with this "declared deleterious substance" method, the Crown is faced with difficult problems of proof. The Crown must identify to the satisfaction of the court that the substances deposited were in fact those prescribed by regulation and that deemed acceptable levels of deleterious substances were exceeded. The Crown must closely follow the prescribed testing procedures set out in the regulation. In *R. v. Irving Pulp and Paper (No. 1)*,¹⁹³ the New Brunswick Provincial Court dismissed a subsection 33(2) charge because the toxicity test performed by the prosecution did not precisely correspond with that described in the *Pulp and Paper Effluent Regulations*, Schedules IV and V.

As a general comment, proof beyond a reasonable doubt may be a sensible burden to be observed in typical criminal cases, but in the scientifically imprecise world of

188. *R. v. Vancouver Wharves Ltd.* (27 May 1980), Decision No. 4023, (B.C. Prov. Ct) Morrison J. [unreported], as cited in Kolankiewicz, *Implementation of B.C.'s Pollution Control Act in the Lower Fraser River*. (M.Sc. Thesis, Faculty of Graduate Studies, School of Community and Regional Planning, University of British Columbia, 1983).

189. For example, in a 1969 British Columbia Provincial Court decision, Shaw J. acquitted the accused because the testing procedures were "unsatisfactory" and "inconclusive": *R. v. Reichhold Chemicals (Canada) Ltd.*, *supra*, note 186 at 2. See also *R. v. Cardinal River Coals Ltd.* (1972), 1 F.P.R. II, 13 (Alta. Prov. Ct) at 14.

190. Subsection 33.2(12) provides that the alleged violator "may, with leave of the court, require the attendance of the analyst for the purposes of cross-examination." Subsection 33.2(13) requires that the alleged violator be given reasonable notice of the intention to introduce the certificate, together with a copy of the certificate in question.

191. Para. 33(11)(c) and (d), and subs. 33(12).

192. See *supra*, notes 31-32. Because the pulp and paper and mining regulations do not legally apply to "existing" operations, the "declared deleterious" route can only be used with "altered," "expanded," "reopened" and "new" operations. This point is elaborated on in Webb, *supra*, note 3, chap. V.

193. (1976), 2 F.P.R. 78 (N.B. Prov. Ct).

pollution, it means that a great many potentially harmful substances will elude the court's grasp. The criminal courts are accustomed to the immediate and demonstrable harm and risk associated with traditional criminal behaviour: criminal courts may not be the most appropriate forum for checking and controlling the less obvious and less tangible harm associated with many modern pollutants. All this having being said, as government officials, courts, and polluters become more familiar and experienced with pollution offences, problems in this area may subside.

(c) *Sentencing*

While the *Sault Ste Marie* case clearly established the existence of strict-liability pollution offences, distinct from the criminal category, there is evidence that in practice some courts continue to approach pollution offence adjudication from a criminal perspective.¹⁹⁴ In some respects, this is at least understandable. Although regulatory pollution offences are in substance "civil", they are enforced as penal laws "through the utilization of the machinery of the criminal law."¹⁹⁵ Because the courts responsible for adjudication of pollution offences spend most of their time dealing with charges laid under the *Criminal Code*, it is easy to see why judges in these courts might be inclined to treat pollution offences as criminal as well.

But there are definite dangers associated with having criminal and regulatory offences adjudicated by the same courts. After a day of the more traditional types of criminal cases, pollution offences might not seem so serious.¹⁹⁶ Most pollution incidents are not deliberate, intentional acts, there is usually no evidence of harm,¹⁹⁷ and the accused in pollution cases are frequently upstanding corporate citizens. Sentences imposed by courts in pollution cases often reflect these factors. Thus, for example, one judge refused to make use of ordering powers which could restrict operations because "the company in this particular instance has shown an awareness of the problem, and a most commendable willingness to keep pollution to a minimum, while at the same time maintaining its production quotas and continuing as an integral part of the province's contribution to the gross national product."¹⁹⁸ Another judge pointed out "if in fact there had been that proof [actual injury to the environment], I think the amount of the fine would have been substantially greater than what I'm considering now."¹⁹⁹ It should be reiterated that, as time goes on, courts seem to be expressing greater and greater impatience with corporate polluters (see above at 32).

194. For example *Stuart J., R. v. United Keno Hills Mines Ltd.*, *supra*, note 178 at 46, unequivocally stated that "pollution is a crime." For an excellent discussion of sentencing in environmental cases, see *Swaigen and Bunt, supra*, note 75.

195. See *Sault Ste. Marie* at 1302.

196. See statement to this effect in Canada, Commission on Pacific Fisheries Policy, *Final Report: Turning the Tide: A New Policy for Canada's Pacific Fisheries* (Vancouver: Minister of Supply and Services Canada, 1982) (P.H. Pearce, Commissioner) at 213.

197. See *supra*, note 75.

198. *R. v. Cardinal River Coals Ltd.*, *supra*, note 189 at 18.

199. See *R. v. Canadian Forest Products Ltd.* (31 October 1980) (B.C. Prov. Ct) Johnson J. [unreported].

The courtroom may be a particularly inappropriate forum for addressing ongoing pollution problems. This point is well made by Justice Harrigan of the New Brunswick Provincial Court who in one case commented:

I have evidence out of the mouth of your own witness, that indicates to me that even with every best effort put forth by the mill, this situation [ongoing pollution] can't be corrected for a year and a half. Now, that being the case then, I say to myself, can you then reasonably lay another charge within the next year and a half, and hope to get a conviction. On the one hand you are not seriously arguing that I should try to apply subsection 7 [court ordering power], and on the other hand, by what your own witness has said you have practically barred yourself from successfully prosecuting a further charge for every day that mill might be polluting the waters, because all the company has to do is get up and say we are making every honest effort to correct it, as a result of being chastised on April 15th, 1977 by some sort of a fine.²⁰⁰

When courts impose sentences in pollution control cases, they are engaging in a highly subjective process. Legislation provides no guidance as to how sentencing powers are to be used. *Dicta* from previous court decisions can be of assistance, but the range of factors considered from one case to another, and the divergent attitudes presented therein, can render them more confusing than helpful. As one frustrated judge remarked: "I think it is impossible to reach anything that is going to be what other judges would reach. I think it is, unfortunately, a matter somewhat of guesswork."²⁰¹ As time goes on this "guesswork" may be replaced by a more coherent set of sentencing criteria. It should be noted that when a guilty plea is entered, negotiation about appropriate penalties frequently takes place between the parties concerned, and courts will usually agree to the Crown's suggested sentence in such cases.²⁰²

The unpredictability of sentencing, coupled with the length, expense and uncertainty associated with proof, make it difficult for government officials to rely on prosecutions for day-to-day enforcement purposes to the extent associated with traditional criminal cases, except in the most clear-cut, flagrant situations.

(2) Courts and Pollution Control

In contrast to traditional police enforcement activity, where contact between police and criminals is kept to a minimum and is highly formalized (for example, police reading "rights" to arrested parties), government-industry contact in pollution control situations is frequent and ongoing, and is usually informal. With the increased government-industry interaction, the opportunity for claims of administrative unfairness to arise increases.

200. See *supra*, note 81 at 98.

201. See *R. v. Whonock Lumber Company* (1971), 1 F.P.R. III-1A at 1 (B.C. Prov. Ct), Guinet J.

202. According to J. Swaigen, Ontario Ministry of Environment prosecutor, in a private communication with the author (August 1987).

The two legal doctrines embodying notions of fairness which are most directly relevant to pollution control decision making are "procedural fairness" and "abuse of process." The doctrine of procedural fairness applies most clearly to administrative decision making (for example, negotiation and implementation of permits, licences, control orders, programme approvals, etc.), while the abuse of process doctrine is of particular relevance to prosecutorial decision making.

(a) *Procedural Fairness*

In the 1979 case, *Nicholson v. Haldimand-Norfolk Regional Board of Commissioners of Police*,²⁰³ the Supreme Court of Canada held that, even though no statutory procedures had been established which set out the obligations owed by a municipal police board with respect to dismissed probationary police constables, such constables are entitled to know why they were dismissed and be given the opportunity to respond to those reasons. The *Nicholson* case was a landmark decision in Canadian administrative law. It sounded the death knell to the then-accepted notion that no common law obligations of procedural fairness were attached to administrative decisions where interests were affected, unless they were decisions of a judicial or "quasi-judicial" nature (that is, those decisions which resembled the classic court situation, affecting the rights of individuals).²⁰⁴

It appears that the effect of the *Nicholson* case, when read together with several others which followed it,²⁰⁵ will be to force government officials previously operating outside the realm of judicial review to make many administrative decisions in a way which tends to ensure a modicum of procedural fairness to affected individuals.²⁰⁶ Subsequently, the doctrine has been applied to the benefit of both regulatees and to certain concerned third parties.

The case *Re MacFarlane and Anchor Cap & Closure Corp. of Canada Ltd.*²⁰⁷ offers a good illustration of the formal and informal negotiation process underlying agreements to control pollution, and court scrutiny of that process. In 1977, the Director of the Ontario Ministry of the Environment and Anchor Cap negotiated a control order pursuant to provisions set out in the *Environmental Protection Act, 1971*. The order required Anchor Cap to install certain equipment and thus control pollution resulting from its operations. Subsequently, in response to a request from Anchor Cap

203. (1978), [1979] 1 S.C.R. 311.

204. See, generally, D. Mullan, "The Developing Law of Procedural and Substantive Fairness," in E. Case, P. Finkle, A. Lucas, eds., *Fairness in Environmental and Social Impact Assessment Processes* (Calgary: Canadian Institute of Resources Law, 1983) at 15.

205. See, e.g., *M.N.R. v. Coopers and Lybrand* (1978), [1979] 1 S.C.R. 495; *Martineau v. Matsqui Disciplinary B.* (1979), [1980] 1 S.C.R. 602; *A.G. Canada v. Inuit Tapirisat of Canada* (1980), [1980] 2 S.C.R. 735.

206. To exactly what extent the procedural fairness doctrine will apply to administrative decision making remains to be seen. Mullan, *supra*, note 204, notes that to date the greatest affect of *Nicholson* has been on highly individualized decision making and not on more broad policy-based questions.

207. (1981), 33 O.R. (2d) 317 (Div. Ct).

for a delay in the installation of the equipment, the Director granted an amended order extending the deadline for installation.

As the extended deadline approached, Anchor Cap again requested an amendment. Acting on Ministry instructions, Anchor made a twenty-page application with an accompanying engineering report explaining the position of the company. The Director considered and rejected this application for amendment, at which point Anchor Cap purported to exercise its rights pursuant to the *Environmental Protection Act* (EPA) to appeal to the Environmental Appeal Board. The EPA did not provide any appeal procedure which expressly applied to administrative refusals to amend a control order pending a Board decision on the merits of the appeal.

On a preliminary question whether the Environmental Appeal Board had jurisdiction to hear the appeal, the Board held that the refusal to amend an order amounted to an order in itself, and thus could be appealed. The Director appealed to the Divisional Court to quash the Board's decision. The Court upheld the Board's decision, concluding that a formal and expensive procedure, such as requiring Anchor Cap to submit a twenty-page application plus an engineer's report which was then subject to careful consideration, *did* affect Anchor Cap significantly, and therefore amounted to an appealable control order.

In the *Anchor Cap* case, it is presumed that the motivations underlying the discharger's application for an amendment were completely above-board. Nevertheless, companies wishing to delay installation of abatement equipment as required pursuant to the terms of a control order could conceivably take advantage of the ruling in the *Anchor Cap* case by making unnecessary appeals, because appeals defer order enforcement pending a Board decision on the merits of the appeal.²⁰⁸ The legislation has since been amended so that a decision to amend an order is not considered to be one capable of appeal.²⁰⁹

The *Anchor Cap* case and others²¹⁰ demonstrate how court scrutiny of the pollution control process may force administrators to "tighten up" their negotiations, to be very careful about the language used, the officials assigned to the task and the requirements made on polluters, to set up procedures in advance where statutes are silent, and to be aware of the fact that the consequences of their informal and formal actions can have an important bearing on their perceived fairness in handling polluters.

How has the doctrine of procedural fairness affected the position of third parties who wish to participate in compliance negotiations? At this point, the key determining factor for courts seems to be the nature of the third-party interest. Those individuals or groups who would be especially affected by a negotiation decision (for example, the granting of a licence or control order) are more likely to receive such procedural fairness safeguards as notices, opportunities to be heard and respond, and justifications

208. This abuse was suggested by Swaigen in "Procedure in Environmental Regulation" in Finkle and Lucas, eds., *supra*, note 12 at 88.

209. See the Ontario *Environmental Protection Act*, subs. 122(3), enacted by S.O. 1983, c. 52, s. 17.

210. See, e.g., *Monsanto Canada Inc. v. Canada* (1986), 1 F.T.R. 63.

for any decision made. Thus, for example, competitors, landowners or landusers, who would be particularly affected by a decision, have an advantage over the "public-interest" environmental groups, who in turn have a more general interest.²¹¹

A good example of this situation is the *Re Islands Protection Society v. The Queen* case.²¹² By reason of their long use and occupation of the land for fishing purposes, registered Indian trappers were granted standing to seek relief concerning a licence renewal application for cutting trees on a tree farm. In the same case, however, the court held that a group of local residents dedicated to the protection of the natural environment in the area did not have sufficient status. Fairly consistently since the *Islands* case, third-party public interest groups who do not establish a particularly affected interest to the satisfaction of the court have been prevented from gaining participation in the administrative process via the procedural fairness doctrine.

The package of procedural protections associated with fairness — safeguards such as an opportunity to receive notice of a pending decision which might affect interests, and an opportunity to make representations to the government decision makers and to receive reasons for those decisions — may, in the short term, seem destined to slow down negotiations, thereby rendering them less efficient. However, in the long term, a more open and complete negotiation process allows for a more comprehensive decision, and one which has greater legitimacy in the eyes of affected interests and the general public.

While the courts have not as yet seen fit to fully extend third-party participation in the negotiation process using the procedural fairness doctrine, there are some indications that government departments will introduce procedures on their own initiative which open up administrative decision making.²¹³

(b) Abuse of Process

In at least three pollution prosecutions,²¹⁴ the decision by government officials to abandon the negotiating process in favour of enforcement actions has been the subject of abuse of process allegations. At issue in these cases was the existence or non-existence of immunity from prosecution given apparent compliance by dischargers with

211. See Mullan, *supra*, note 204 at 25. Other third-party cases include: *Re Greenpeace Foundation of British Columbia and Minister of the Environment* (1981), 122 D.L.R. (3d) 179 (B.C.S.C.) and *Re Village Bay Preservation Society and Mayne Airfield Inc.* (1982), 136 D.L.R. (3d) 729 (B.C.S.C.); *Sierra Club of Western Canada v. R. in Right of B.C.* (1984), 54 B.C.L.R. 82 (S.C.); *Sea Shepherd Conservation Society v. R. in Right of British Columbia and Minister of Environment* (1984), 55 B.C.L.R. 260 (S.C.); *Re Narain* (1983), 45 B.C.L.R. 191 (S.C.).

212. (1979), 98 D.L.R. (3d) 504 (B.C.S.C.).

213. The best example of this is the Ontario Ministry of Environment, which has introduced a new policy requiring arrangements for public discussion of most amended or new control orders. The problem with this policy is that public access is gained only after negotiations have finished. Ontario, Ministry of Environment, *Policy Manual: Pollution Abatement Program*, s. 1.9 at 05-02-07.

214. See *R. v. Rayonier Canada Ltd.* (1974), 1 F.P.R. II, 25 (B.C. Prov. Ct); *Re Abitibi Paper Company and the Queen* (1979), 24 O.R. (2d) 742 (C.A.); *R. v. Johns-Manville Canada Inc.* (1980), 9 C.E.L.R. 137 (Ont. Prov. Ct).

negotiated agreements. Two of these cases are described below because they highlight some of the procedural pitfalls inherent in a combined negotiation/enforcement model.

In *Rayonier*, federal officials participated in the formulation of a provincially negotiated compliance schedule with a Rayonier pulp mill located in British Columbia. It was alleged that the federal Minister responsible had assured his provincial counterpart that federal *Fisheries Act* proceedings against the accused would not be instituted if the provincial requirements reflected federal concerns. Federal toxicity requirements were not set out in the provincial permit. The EPS prosecuted in spite of the fact that the terms of the provincial schedule were apparently being adhered to. The court held that the federal prosecution did not constitute abuse of process, that the terms of the *Fisheries Act* subsection 33(2) were breached, and that therefore the accused Rayonier pulp mill was guilty as charged. There is no provision in place under the *Fisheries Act* and *Pulp and Paper Effluent Regulations* which provides immunity from prosecution when informal compliance schedules are being followed.²¹⁵

Two unusual characteristics of the *Rayonier* case could help explain the judge's decision. First, there was no evidence that federal officials gave a guarantee of immunity from *Fisheries Act* prosecution directly to the accused. It appears the one assurance given that there would be no prosecutions occurred between the federal and provincial ministers concerned. Rayonier was not a party to this assurance, and therefore it could be argued that Rayonier could not rely on it against an EPS action. Second, the compliance schedule in question legally involved only provincial and Rayonier representatives. Apparently, separate federal-Rayonier standards were contemplated for a later date; in particular, EPS felt that toxic pollutants were not adequately controlled by the terms of the provincial permit.²¹⁶ Judge Bowen-Colthurst of the British Columbia Provincial Court concluded as follows:

The defence says that the Federal authorities had in effect agreed to these standards [provincial] which even if complied with would still result in infractions of subsection 2 of section 33 of the *Fisheries Act* and that under these circumstances this prosecution constitutes an abuse of process. I do not agree with this submission. In my view the participation of the Federal authorities which I find as a fact occurred in the setting up of provincial standards does not constitute consent to infractions of the *Fisheries Act* nor does the decision to formulate by the Federal authorities similar regulations.²¹⁷

The judge did not elaborate on what circumstances might constitute abuse of process.

A second case which considers the abuse of process defence in a pollution control context is *Re Abitibi Paper Company and the Queen*.²¹⁸ This case involved Ontario legislation which specifically provided for immunity from prosecutions in certain

215. In Ontario, if one is fully complying with the terms of an order or programme approval issued pursuant to the *Environmental Protection Act* (ss. 6, 9 and 10), one is immune from prosecution (subs. 146(2)). See also the Québec *Environmental Protection Act*, s. 116.2, concerning the "approved depollution programs."

216. See unreported transcript (6 March 1974) at 22 and 29, per Crown counsel Digby Kier. See Webb, *supra*, note 3 at 437.

217. See *Rayonier*, *supra*, note 214.

218. See *supra*, note 214.

circumstances. In this case, the accused operated a paper mill and began discussions with a senior official of the Ontario Ministry of the Environment respecting a programme for improvement of the accused's secondary effluent system with a view to eliminating pollution of a river. Following a series of meetings the accused volunteered to begin a programme which was approved by the official. To avoid delay, work was begun although official approval of the Director had not been obtained.

Where a programme is approved by the Director under certain provisions of the *Ontario Environmental Protection Act*, the accused is given immunity from prosecution while the work proceeds. In one letter the senior Ministry official wrote the accused that should the programme not be completed by 31 December 1976, as agreed, the Ministry would establish a control order to ensure completion and that failure to meet such a control order would subject the accused to the probability of prosecution. In November of 1976, the official met with the accused's engineer and expressed satisfaction with the progress of the programme. However, later that month the accused was charged with violation of the *Environmental Protection Act*, 1971.

In effect, an *informal* compliance schedule was reached between Abitibi and a provincial environmental official. The terms of this agreement were being adhered to, and then a prosecution was instigated. The Ontario Court of Appeal held that, in spite of the fact that the negotiated agreement did not fall within the terms of the immunity from prosecution provided by the *Environmental Protection Act*, 1971, a prosecution in these circumstances nevertheless constituted an abuse of process, and should accordingly be stayed.

The judgment of the court turns on a distinction between *criminal* and *civil* proceedings. Following the 1977 Supreme Court of Canada decision in *R. v. Rourke*,²¹⁹ the Court held that the jurisdiction of courts to stay *criminal* proceedings for abuse of process had been found to be very limited. In the *Abitibi* case, all three judges were careful to characterize proceedings with respect to the *Environmental Protection Act*, 1971 as *civil*²²⁰ in nature. According to the court, if a proceeding is with respect to a provincial statute, then it must be civil. Having made this characterization, the court then held that the fact-situation described in the *Abitibi* case amounted to an abuse of process. In *obiter dicta*, one of the three judges (Jessup J.A.) also considered whether the Abitibi-type circumstances would amount to abuse of process in *criminal* proceedings. Jessup J.A. concluded in the affirmative.

The *Rayonier* and *Abitibi* cases provide some clues but few conclusive answers concerning the application of the abuse of process doctrine to pollution prosecutions. Synthesizing the judgments in the two cases, it appears courts will consider the following types of questions in the course of determining the merit of an abuse of process claim: Who made the assurance of immunity from prosecution (namely, what level of official and from what level of government)? To whom was the assurance

219. (1977), [1978] 1 S.C.R. 1021. The *Rourke* case was a landmark Supreme Court of Canada decision in which it was held that courts have an extremely limited authority, if any at all, to stay a criminal proceeding for abuse of process.

220. Dickson J. in *Sault Ste. Marie*, *supra*, note 153, characterized strict liability offences as civil in nature.

made (was it made directly to the discharger, or was it made to an official of another level of government)? What authority did the official have to make the assurance (for example, did legislation provide for immunity from prosecution in certain circumstances)? What was the nature of the assurance made (was it an assurance of immunity from both federal *and* provincial prosecutions, or only immunity from prosecution pursuant to specific legislation under certain agreed upon circumstances)? Who launched the prosecution (were they federal officials, provincial officials, from the same or different departments)? And finally, pursuant to what legislation was the prosecution launched?

In conclusion, to the government official attempting to reach an agreement with a polluter to correct a pollution problem, "judicialization" of the control process formalizes negotiations. This slows down administration and stultifies give-and-take bargaining. While there is obviously an element of self-protection underlying the government official's ambivalence towards the court's role as a check against arbitrary and unfair government action, the official's position should not be dismissed too lightly. The court's conception of justice is based on the judicial model, with all its formal and adversarial trappings. The informal arrangements and compromises which officials sometimes enter into may not meet the court's expectations of a fair process, but in a world where fast and expert decisions are increasingly necessary, they usually "get the job done." However, it is important that government action be carried out in an open and accountable, as well as an efficient manner. A balance between flexibility and fair, open action must be struck.

The long-term effect of court challenges to governmental action in the pollution control process would appear to be a "tightening up" of administrative practice, including greater care in who negotiates with polluters, in what is said (e.g., assurances) and how it is said (e.g., as terms in control orders and not casual, over-the-phone remarks).

D. Extra-legal factors

The implementation gap can only partly be understood by looking at the legal and judicial problems. In the final analysis, extra-legal factors such as political will, pro-development biases of government, and bureaucratic discomfort with legal processes may explain how implementation actually takes place more accurately than any legislative deficiencies. Because these extra-legal factors extend beyond the scope of this paper, they are only briefly alluded to here.

(1) Political Factors

A number of commentators have pointed out that the legislation-making process is itself a product of political compromise, with the result that pollution control legislation contains sweeping, politically attractive but administratively impractical statements about environmental protection, and then leaves the tough decisions to the bureaucrats

and courts.²²¹ Paul Pross, professor of Public Administration at Dalhousie University, notes as follows:

Pressured by significant publics to address themselves to important but divisive issues, governments have found it necessary to draft minimal legislation which leaves out the regulatory provisions whose precision would arouse opposition. Such legislation appeases all and satisfies none, least of all the officials who must develop regulations and negotiate their application. Frustrated at the mixed results of their efforts, we attribute their failure to bureaucratic bungling. In reality, however, the constraints they are working under are political rather than bureaucratic.²²²

Another political factor which tends to prevent effective implementation of pollution control legislation is the "revolving door" syndrome,²²³ which often sees the Minister responsible for the Environment move to another portfolio just about the time he or she develops the experience to capably carry out the function.²²⁴ It is a fact of political life that elections are held about once every four years: unfortunately, ministerial experience in environmental matters frequently cannot be gained in such a short period of time.

Federal-provincial politics can also have an important bearing on how legislation is implemented. Behind closed doors, many federal and provincial bureaucrats admit that a particular course of action or inaction was adopted in order to respect another level of governmental jurisdiction in that area, or "to demonstrate our jurisdiction over those matters."²²⁵

Public opinion and economic prosperity are other factors which can affect implementation.²²⁶ If the party in power perceives strong public support for environmental action, this can enhance the likelihood of strong enforcement. If, however, there is a downswing in the economy, environmental protection may be put on the back burner, while more economically attractive policies bathe in the public spotlight.

221. J.F. Garner and A.R. Galbraith, in *Judicial Control of the Administrative Process: Report of a Conference at Ditchley Park* (Oxfordshire: The Ditchley Foundation, 1969) at 18, state:

It seemed to be accepted in discussion that Congress often did not intend the agency or department to carry out the terms of the enabling statute in the broad way that would most obviously appear to follow from the words of the statute, but instead expected a balance to be struck at a somewhat lower level; this for political reasons.

While the authors here are commenting on the American legislative process, the statement would appear to apply with equal force to Canadian situations.

222. P. Pross, "Water and Environmental Law: Bureaucratic Constraints," in *Water and Environmental Law*, S. Guppy, Y. Fern and B. Wildsmith, eds. (Dalhousie: University Institute for Resource and Environmental Studies, 1979) 139 at 167.

223. See, e.g., criticism to this effect directed at the federal Environment ministers by T. Davey, in "Environmental Harmony Requires Transdisciplinary Conductors" *Water and Pollution Control*, 1977/1978 Directory at 35-43, esp. at 38.

224. To illustrate this point, in the sixteen-year existence of Environment Canada, there have been eleven ministers assigned the responsibility for its operation.

225. Based on confidential discussions with federal and provincial officials.

226. See comment to this effect by Schnaiberg, *supra*, note 11 at 25.

No matter how impressive legislation might sound, it takes the political willpower of Cabinet and the Environment Minister and the concomitant resource allocations to the Department of Environment to make pollution control work.²²⁷ There have been numerous indications of this lack of willpower at the federal level. Some frustrated bureaucrats have "set up" private prosecutions because political and departmental obstacles have prevented "in-house" enforcement.²²⁸ Regulations, promulgated fifteen years ago, still lack a date of application,²²⁹ and there have been cutbacks to environment programmes while initiatives of many other departments have remained untouched.²³⁰ Pross comments:

An official who believes that the government is not firmly committed to the policy he is mandated to implement will be all too aware of the sanctions that may be imposed on him [e.g. personal, budgetary and even unit emasculation] if he interprets his orders too literally.²³¹

(2) Pro-development Tendencies of Government

For all the media attention it receives, environmental protection often has a relatively low priority in government. This can partly be explained by the fact that, unlike other regulated activities, pollution is usually the by-product of an activity otherwise encouraged by government and society. The extraction and refining of raw materials, the manufacturing of new chemicals and commercial products are activities which are intended to improve our quality of life, and are generally welcomed as such. In addition to the benefits to society, such activities bring many rewards to government by way of personal and corporate tax revenues and the political benefits which flow to governments taking credit for economic prosperity and full employment.

In Canada, government and industry often have an extremely close relationship, wedded by common objectives,²³² common attitudes²³³ and more concrete ties such as

227. Pross, *supra*, note 222 at 140, esp. at 144.

228. Information disclosed confidentially by a federal official.

229. See, e.g., the *Pulp and Paper Effluent Regulations* with respect to standards for existing mills as discussed before at 26.

230. See, e.g., the cutbacks in recent years to the Canadian Wildlife Service and to research and development staff of Environment Canada.

231. Pross, *supra*, note 222 at 144. Pross goes on to note that officials are often too sensitive to the climate of public and governmental opinion, often giving up far more than is necessary, in anticipation of politically inspired criticism.

232. E.g., the Nielsen Task Force's concern with efficiency for the federal government strongly resembles private industry concerns in this regard. In fact, the Nielsen Task Force drew heavily on private sector "expertise" in the making of its reports.

233. To reduce this to its simplest dimensions, for Canadian governments, full employment is a major preoccupation. For industry, full employment means a more buoyant economy, with more money and consumers more apt to buy industry products.

government loans, grants and subsidies.²³⁴ Governments are hungry for revenue and employment-generating projects. In this broader context of government-industry partnerships, environmental protection may not receive the priority it should. Departments of environment are usually considered a junior portfolio within Cabinet, in terms of prestige and power.²³⁵

The fact that environmental protection is just one of many policies pursued by government, and that it is a policy which may receive quite a low priority can be reflected in government organization. At the federal level, for example, Environment Canada is the lead federal actor involved in pollution control, but in law many of the programmes it administers are the responsibilities of other departments.²³⁶ Thus, Environment Canada administers the pollution control provisions of the *Fisheries Act*, but the *Fisheries Act* is nominally the responsibility of the Department of Fisheries and Oceans. Environment Canada also administers the environmental component of the Pulp and Paper Modernization Grant Programme through its membership on inter-departmental "Management-Committees," even though nominally the programme is an initiative of the Department of Regional Industrial Expansion. Environment Canada certifies the equipment which qualifies for an accelerated capital-cost allowance (tax deduction) although Revenue Canada has responsibility for administering the federal income tax legislation. As a result, environmental interests are in many cases "under the wing" of another department.

(3) Bureaucratic Factors

Given the legal and judicial deficiencies and the lack of political willpower and pro-development tendencies of Government, it is apparent that the government official responsible for administering pollution control legislation performs an extremely difficult task. That being said, there are also characteristics of bureaucrats which can impede full and effective implementation. While recognizing that they are not a homogeneous group, the author has found the following observations reflect traits of many bureaucrats.²³⁷

Because of the technical nature of much pollution control, bureaucrats are often recruited from the private sector so that they have the expertise to carry out their functions. While industry experience may result in more informed discussions between government officials and the private sector, it may also affect the neutrality of even the most well-intentioned public servant.

Bureaucrats may choose to invoke or not invoke a legal instrument provided him or her for reasons which do not reflect problems with legislation, courts, or his or her

234. See, e.g., P. Johnson, *Canadian Industrial Incentive Legislation: Government Financial Assistance Programs in Canada* (Toronto: Butterworths, 2 vols., revised continuously).

235. See, e.g., comment to this effect in Lax, *supra*, note 109 at 66.

236. Discussed in greater detail in Webb, *supra*, note 3.

237. See *ibid.*, chap. V.

political masters. Bureaucrats may resist initiating formal sanctions because this may mean relinquishing control over a polluter to "the lawyers", an admission of failure of bureaucratic negotiatory techniques. Bureaucrats, many of whom are engineers or scientists, may feel uncomfortable and unfamiliar when dealing with legal jargon, and may prefer to keep communications at a technical level. Some may fear that formal legal sanctions will put bureaucratic practices as much on trial as those of the polluter, and may attract unwanted media attention (others however may thrive on media attention). Some bureaucrats may be reluctant to adopt an adversarial role with regulatees they have been dealing with on a non-confrontational basis for an extended period.



CHAPTER THREE

Trends in Pollution Control

Pollution control is constantly evolving as understanding of and experience with the concepts and legal instruments grow. In recognition of this evolution, a number of important trends in the use of pollution control legislation are herein identified and analyzed. Members of the public are becoming more directly involved in pollution control decision making. The number of prosecutions is increasing in some jurisdictions (particularly in Ontario), indicating a more balanced persuasive *and* enforcement emphasis. The roles and responsibilities of federal, provincial and local governments appear to be changing. There is growing recognition that incentives may be useful for some classes of polluters who are not responsive to command-penalty measures. There is also some indication of an increasingly responsible attitude by industry towards the handling of pollution problems. Taken together, these trends are indications of a coming to grips with pollution control. The trends, their likely causes and effects are explored below.

I. Increased Public Participation

As time goes on, the role of the citizen in the pollution control process is increasing, and becoming more important.²³⁸ Environmental groups have developed considerable expertise in pollution control matters, and have expert spokespersons who articulate their concerns directly to government and the media. At the legislative level, citizen participation has undergone a remarkable transition over the past thirty years, from virtually no statutory recognition of a role for the public in 1960's legislation, to express commitments to citizen involvement in virtually all stages of the process provided in legislation introduced in 1987.²³⁹ There has been a significant increase in

238. See J. Swaigen, "The Emergence of the Public in Environmental Decision-making" in J. Swaigen, ed., (1981) *Environmental Rights in Canada* (Toronto: Butterworths, 1981) at 1. See also K. Webb, "Taking Matters Into Their Own Hands: The Increasing Role of the Public in Canadian Pollution Control" (Paper prepared for presentation to a meeting of the Law and Society Association at the Learned Societies Conference, Windsor, 7 June 1988) [publication forthcoming].

239. See, e.g., discussion of the 1987 Manitoba *Environment Act*, below. See also more detailed discussion in Webb, *ibid.*

citizen-launched court procedures in order to assure the citizen's participation in government decision making concerning environmental issues and,²⁴⁰ furthermore, an associated increase in private prosecutions has been noted.²⁴¹

This rise in citizen participation can be attributed to a number of factors. First, at a very general level, citizens are less trusting of government than they once were.²⁴² The traditional "manager-client" relationships between government departments and resource users is less tenable in an age where "the public good" is no longer easily equatable with the unchecked growth and expansion of the private sector.²⁴³

Second, citizens have seized the legal tools available to them and are beginning to take their concerns to the courts. To a citizen excluded from the pollution control process, courts may appear to offer the possibility of a public, high-profile, judicial hearing before a legally impartial arbiter, and potentially a way to circumvent bureaucratic quagmires. With the introduction of the *Charter* and the development of the procedural fairness doctrine, courts have assumed a more direct and powerful role over legislation and administration than was once possible.²⁴⁴ In 1985, the Canadian Environmental Defense Fund was privately established to help citizens raise the money needed to launch precedent-setting environmental court cases and to participate in hearings before environmental tribunals.²⁴⁵ A good example of a legal tool which has been championed by public interest groups is the *Penalties and Forfeitures Proceeds Regulations* promulgated pursuant to the federal *Fisheries Act*. The regulations provide that a private citizen who initiates an action under the *Fisheries Act* which results in a

240. For example, *Re Pim and Minister of the Environment* (1978), 23 O.R. (2d) 45 (Div. Ct); *Canadians for the Abolition of the Seal Hunt & Harrison v. The Minister of Fisheries and the Environment* (1980), 10 C.E.L.R. 1 (F.C.T.D.); *S.E.A.P. v. Atomic Energy Control Board* (1977), [1977] 2 F.C. 473 (A.D.); *Croy v. Atomic Energy Control Board* (1979), [1981] 1 F.C. 515 (A. D.); *Binbrook Anti-Dump Committee v. Regional Municipality of Hamilton-Wentworth* (1980), 10 C.E.L.R. 65 (Ont. Div. Ct); see also 1981 *Annual Report of the Ombudsman to the Legislative Assembly of British Columbia*, C.S. 81-063 at 53; *Energy Probe v. Atomic Energy Control Board* (1984), [1984] 2 F.C. 138 (T.D.); *Re Regional Municipality of Hamilton-Wentworth and Hamilton-Wentworth Save the Valley Committee* (1985), 19 D.L.R. (4th) 356 (Ont. Div. Ct); *Re Ontario Energy Board* (1985), 19 D.L.R. (4th) 753 (Ont. Div. Ct).

241. For example, there have been five private prosecutions pursuant to subs. 33(2) of the federal *Fisheries Act* since 1981, while none had been reported previously.

242. For example, Michael Adams, President of Envirionics Research Ltd. (a polling company) is reported as saying that "Canadian voters have become considerably more well informed and critical, more cynical generally toward institutions and more self-reliant, and more pragmatic in their responses to political appeals and politicians" in R. Howard, "Make Public Poll Results, Ottawa Told" *The [Toronto] Globe & Mail* (29 May 1986).

243. This is paraphrased from Finkle, "New Approaches to Fairness: The Bureaucracy Responds," in Case, Finkle, Lucas, eds., *supra*, note 204 at 31-34.

244. Discussed in greater detail in Webb, *supra*, note 238.

245. *Ibid.*

fine will receive half of any penalty imposed.²⁴⁶ Penalty-sharing arrangements have existed under the *Act* since 1868,²⁴⁷ but had essentially been unused until the 1970s. The fact that private citizen initiated prosecutions pursuant to the *Fisheries Act* have resulted in convictions²⁴⁸ has increased the attractiveness of such actions to environmentalists. On the other hand, the expense, the difficulties associated with mounting a successful case and the time-consuming nature of such actions detract from use of this route except as a last resort.

The private prosecution mechanism, while capable of acting as a check on government prosecutorial discretion, can also interfere with the proper exercise of that discretion.²⁴⁹ A private prosecution can, for example, deprive government officials of control over the *timing* of prosecutions, forcing government to abandon negotiations prematurely, when less drastic enforcement action might have been sufficient to induce compliance. It is true that provincial Attorneys-General have the power to stay private prosecutions launched pursuant to federal or provincial legislation and have in fact done so on some occasions.²⁵⁰ However, the unfavourable impression created by government stopping citizen actions tends to ensure that the stay power is only invoked in extreme circumstances.²⁵¹

One commentator has suggested that the problem of citizen interference with proper prosecutorial discretion is particularly acute with respect to blanket prohibition types of offences, such as subsection 33(2) of the *Fisheries Act*, and sections 5 and 14 of the Ontario *Environmental Protection Act*:

It makes it an offence to put anything into the environment and leaves it to government discretion that that offence won't be prosecuted unless it's in the public interest to do so; unless there's some compelling reason. When we introduce into that system the ability of a private citizen to prosecute, I think we have thrown a monkey-wrench into it, because he is

246. Note that, by the terms of the *Penalties and Forfeitures Proceeds Regulations*, it is possible for a private citizen to *initiate* a prosecution (e.g. lay an information) without actually conducting the legal proceedings before the court, and yet still receive half of any fine imposed. Thus, e.g., in *R. v. Crown Zellerbach Properties Ltd.* (1981), 3 F.P.R. 84, a private citizen (a member of the environmental group "the Fraser River Coalition") laid an information against a polluter, under subs. 33(2) of the *Fisheries Act*, but agents of the federal Department of Justice carried out the prosecution. The prosecution resulted in a conviction and a \$28,000 fine was levied. Pursuant to the terms of the *Penalties and Forfeitures Regulations*, the private citizen who initiated the prosecution received \$14,000. The case is described in greater detail under the name *R. v. Crown Zellerbach* in Webb *supra*, note 3 at 188-191 and 292-294.

247. In the *Fisheries Act* of 1868, the provision was contained in the statute itself (subs. 17(4)).

248. In addition to *Crown Zellerbach*, *supra*, note 244, other private citizen-initiated prosecutions which have resulted in convictions include *R. v. Panarctic Oils Ltd.*, *supra*, note 147 and *R. ex rel. Home v. Cyanamid Canada Inc.*, *supra*, note 106.

249. For more detailed discussion of private prosecutions, see, generally, Webb, *supra*, note 3 at 284-322.

250. Discussed in greater detail in Webb, *supra*, note 3 at 306-310. In 1986, a private prosecution with respect to Eldorado Mining Ltd. at Baker Lake Saskatchewan was stayed. Some provincial pollution legislation prohibits prosecutions unless there is consent of the Environment Minister. See, e.g., the Newfoundland *Department of Environment Act*, s. 49, and the New Brunswick *Clean Environment Act*, s. 33.2.

251. See, e.g., description of Riley Creek incident in Webb, *supra*, note 3 at 294-300.

not going to be balancing the same public interest questions as the Government is when it makes a decision. The section that he's going to launch his prosecution under was really set up to make government discretion work. If the private citizen can prosecute only when there has been a violation of a specific quantity or a specific regulation that would be one matter. But, when the private citizen can prosecute under the broad-ranging Section 14 of the Environmental Protection Act in Ontario, or Section 33 of the Fisheries Act, I think we have a real problem.²⁵²

Two issues raised by this comment and to which no response will be made here (since they are each deserving of separate studies in themselves) are: (1) whether a government enforcement agency or a private citizen can be said to represent the "public interest" and (2) whether it is possible to have conflicting sets of "public interests."

One important conclusion which can be drawn from the above-quoted comment is that the interference with discretion problems might not be attributable so much to the existence of private prosecutions *per se*, but rather to the existence of broadly written offences such as subsection 33(2) of the *Fisheries Act*, which leave a great deal of discretion in the hands of government officials. The all-purpose subsection 33(2) is used to control sources of water pollution ranging all the way from chicken farming to massive industrial operations. To make such an offence workable, EPS has entered into informal arrangements with polluters, and with provincial authorities, as outlined earlier in the paper. The *Cyanamid* case is a good illustration of how informal exercises of discretion by government can be circumvented by private prosecutions. In that case, a private prosecution was launched after both provincial and federal officials declined to bring enforcement action. Cyanamid was found guilty and a fine of one dollar was imposed.

Those industrial operations which are technically in continuous violation of subsection 33(2), such as the "existing" pulp and paper operations, appear to be particularly vulnerable to private prosecutions. The "monkey-wrench" capabilities of private prosecutions could be significantly reduced if the subsection 33(2) offence was replaced, or supplemented, by other statutory or regulatory provisions which "legalized" the informal compliance agreements and federal-provincial administrative arrangements currently in use.²⁵³ With "existing" pulp and paper operations, a private prosecution to enforce the terms of a compliance schedule would appear to be preferable to a private prosecution enforcing an absolute prohibition of pollution. Again, this points to the inadequacies of the current legislation which does not accurately reflect the realities of pollution control.

252. G. Lloyd, as quoted at 117-118 in "When the Administrative and Enforcement Process goes Wrong: What Role for Parliament, the Legislature, the Public and the Courts?" in *Roundtable Discussion on Toxic Chemicals Law and Policy in Canada*, Proceedings of a Seminar held on 15-16 June 1981, organized by the Canadian Environmental Law Association and the Canadian Environmental Law Research Foundation, 1981, Toronto, Ontario.

253. See, e.g., the *Fisheries Act*, para. 33(13)(f). Moreover, if effluent regulations were promulgated for other than the six industrial sectors already covered, private prosecutions would enforce the terms of these regulations rather than the blanket prohibition contained in subs. 33(2).

Meaningful public participation depends above all on the free flow of information between government and interested parties.²⁵⁴ If the public is not consulted at the regulation formulation stages, subsequent regulations may be criticized as government-industry "pacts," negotiated "behind closed doors."²⁵⁵

Freedom of information legislation represents a last-ditch method for citizens to obtain disclosure of government data. A much more fruitful approach is for government to involve citizens at every reasonable opportunity in the pollution control process. Open government is accountable, trusted government. In this regard, the 1987 *Manitoba Environment Act* is a step in the right direction: the *Act* expressly commits the government to inform and involve the citizen in virtually every aspect of the pollution control process, from the drafting of regulations to the formulation of individual licenses and the taking of enforcement actions.²⁵⁶

Citizen groups have had considerable success at making their opinions known²⁵⁷ through their studies, press conferences, court challenges or private prosecutions. This success encourages more action. Everyone benefits from open, meaningful public participation:²⁵⁸ decisions become more comprehensive, their legitimacy is enhanced, and the likelihood of problems arising later is decreased. The recent developments towards an enhanced public participation role in pollution control bode well for the future.

254. For a comprehensive discussion of information availability in the environmental context see M. Rankin, "Information and the Environment: the Struggle for Access" in Swaigen, ed., *supra*, note 238 at 285-333.

255. See, e.g., comment to this effect in Estrin and Swaigen, *supra*, note 1 at 471. Subsequently, the federal government announced a more open policy on public consultation during the regulation formulation stages.

256. See, e.g., *Manitoba Environment Act*, subs. 2(1) (objectives); subs. 6(1) (state of the Environment report); subs. 10 (licensing requirements); s. 27 (appeals); and s. 41 (draft regulations). See also innovative public participation provisions in the *Canadian Environmental Protection Act*. Discussed in more detail in Webb, *supra*, note 238.

257. See comments to this effect by the Technical Director of the Canadian Petroleum Association, as reported in "Conservationists gaining respect, oil industry says," *supra*, note 6.

258. Even industry officials have admitted the importance of public involvement: Inco officials reported to an Ontario Standing Committee that "after the announcement of the new control order in July 1978, they had felt the negative effects of what they perceived to be public misunderstanding and mistrust resulting from inadequate public information about the control order process, rationale and contents." As related in Ontario Standing Committee on Resources Development, *supra*, note 180 at 48.

II. Increasing Use of Prosecutions

In some Canadian jurisdictions, there has been evidence in recent years of a trend toward greater use of the prosecution mechanism to enforce environmental protection legislation.²⁵⁹ There are any number of possible explanations for this increase. First, attitudes have changed. Now that the dust of experimentation in the seventies is beginning to settle, there is recognition that prosecutions can play an important role in environmental protection, especially with regard to simple negligent or intentional misbehaviour. When environmental protection legislation was first introduced, administrators may have tacitly or subconsciously adopted a "kid-glove" approach to enforcement, in order to give the private sector time to adjust to the "new rules of the game." It appears that some governments are now starting to take the kid gloves off.²⁶⁰ As well, citizen groups are making it known that if government does not prosecute, they will. This strategy of embarrassing the government into prosecuting is sometimes expressly admitted, such as in the *Crown Zellerbach* case.

As well, government is becoming more expert at the environmental protection game: vague, unenforceable permit terms and conditions have been identified as a stumbling block to successful prosecutions.²⁶¹ Administrators are "tightening-up" their investigatory and negotiatory practices.²⁶² In Ontario, Québec and British Columbia, for example, special enforcement squads have been set up, independent from the officials in day-to-day contact with industry. There are now a growing number of experienced government prosecutors who know their way around evidential and due diligence stumbling blocks. Available information suggests the success rate with prosecutions has been high.²⁶³ As this success is publicized, more prosecutions are likely to follow.

259. In Ontario, for example, the number of prosecutions carried out by Ministry of Environment which reached the courts pursuant to the *Environmental Protection Act*, the *Ontario Water Resources Act* and the *Pesticides Act* rose from 69 in 1977-78 to 105 in 1981-82 according to *Ontario Statistics 1982* (Toronto: Government of Ontario) at 33. Curiously, later editions of *Ontario Statistics* do not permit cross-annual comparisons of this nature. Also according to Ackerman and Clapp, *supra*, note 108, prosecutions in British Columbia increased between 1976 and 1980.

260. For example, both the Ontario and Quebec governments are taking more active prosecuting stances toward polluters. See Ontario Standing Committee on Resource Development, *supra*, note 180 at 67. In reference to Quebec see F. Shalom, "Quebec will bill polluters for cost of 10-year toxic-waste cleanup" *The [Toronto] Globe and Mail* (10 June 1986): "Quebec Environment Minister Clifford Lincoln told a news conference that a team of specially trained investigators will be set up to enforce regulations and collect proof of excessive polluting by industries."

261. See Gibson, *supra*, note 12 at 50, concerning the Ontario situation, and concerning the British Columbia situation, Ackerman and Clapp, *supra*, note 108.

262. See also the effect of the *Sault Ste. Marie* case on enforcement activities, above at 26-32. Documenting the "tightening up" effect: M. Jeffery, *supra*, note 172; and see J. Swaigen, "Prosecution Can be Effective Method to Control Polluters" (1984) 3:10 *Ont. Lawyers Weekly* (6 July).

263. Swaigen, *ibid.*, states that, in Ontario between 1981 and 1984, approximately two thirds of those charged pleaded guilty under the *Ontario Environmental Protection Act* and *Ontario Water Resources Act*. Between 1975 and 1981, the conviction rate was 79%, between 1982 and 1983 — 90%, and between 1983 and 1984 — 95%.

Used in excess, prosecutions can instill a legalistic, confrontational atmosphere between government and industry which, in the long term, may not be conducive to effective pollution control.²⁶⁴ However, a balanced enforcement and negotiation approach, in which prosecutions complement and reinforce the co-operative techniques, may offer the greatest likelihood of success.²⁶⁵

III. Changing Roles and Responsibilities of Government

By the mid-seventies, all three levels of government — federal, provincial and municipal — were administering extensive pollution control legislation. On the basis of more than ten years experience, it is becoming evident that certain levels of government are better suited to handle certain types of pollution control activities. This has been reflected to some extent in a visible evolution of roles and responsibilities.

The federal government has to a certain extent provided a national presence for pollution concerns, acting both as a spokesperson and advocate for Canada on the international scene. Domestically, it has established nation-wide standards and strengthened provincial enforcement to ensure that "pollution havens" do not develop. The provinces, on the other hand, have offered more of a "front-line" administration and enforcement presence, since they have a particular interest in and greater contact with industries located within their jurisdiction. The municipalities are logical caretakers for sanitation in local regions, and can maintain local sewage treatment facilities and waste disposal sites, as well as enforce by-laws regarding discharges within their boundaries.²⁶⁶

There are indications, however, that the enforcement role is gradually consolidating at the provincial level. Even in the early seventies, federal officials generally conceded primary enforcement responsibility to the provinces.²⁶⁷ Nevertheless, this did not prevent occasional federal enforcement "incursions" at odds with provincial activity.²⁶⁸ Then, in the mid-seventies, the federal Department of Environment negotiated informal

264. In this respect, Canadians may be able to learn from the somewhat less than successful prosecution-oriented American experience as described by E. Bardach and R. Kagan in *Going By the Book: The Problem of Regulatory Unreasonableness* (Philadelphia: Temple University Press, 1982) at 104-116; see also L.H. Edelman and R.E. Walline, "Developing a Cooperative Approach to Environmental Regulation" (1983) 16 Nat. Res. Lawyer 489.

265. Swaigen, in Duncan, ed., *supra*, note 114 at 6, contends that the more active prosecution approach in Ontario has enhanced the position of MOE negotiators.

266. See, e.g., Estrin and Swaigen, *supra*, note 1 at 20-22, re: Ontario.

267. See comments to this effect in footnotes 23-25 at 427 and 152-155 at 478 of Woodrow, "The Development and Implementation of Federal Pollution Control Policy Program in Canada, 1966-1974" (Ph.D. Thesis, University of Toronto, 1977).

268. See, e.g., description of federal-provincial enforcement actions with respect to the Irving Paper Mill of St. John, New Brunswick in Webb, *supra*, note 3 at 377-393.

arrangements with the provinces which established the provinces as lead enforcers.²⁶⁹ By the early eighties, federal prosecutions in many regions had tapered off to virtual insignificance while provincial enforcement was on the increase in some regions.²⁷⁰ At the same time, the federal Department of Environment began to emphasize its advocacy role.²⁷¹

At the municipal level, a recent study suggests enormous variations in enforcement of municipal anti-pollution by-laws. Inadequate resources appear to be at the heart of the problem: it may be unrealistic to expect smaller municipalities to hire full-time pollution control inspectors.²⁷² As a result, at least one province (Ontario) is considering "measures to improve the inspection of industrial discharges and to increase the uniformity of enforcement."²⁷³ It has been suggested that a provincial "by-law enforcement team" be formed so that smaller municipalities can be relieved of the responsibility.²⁷⁴

A consolidation of enforcement responsibilities at the provincial level appears sensible in many respects. It allows for a concentration of financial resources and enforcement expertise which could lead to more consistent and effective enforcement than a scatter-gun federal-provincial-municipal approach. But there are innumerable examples supporting the need for a strong federal government back-up system for enforcement and co-ordination, permitting it to intervene in situations of provincial or municipal laxity.²⁷⁵ The legal and economic feasibility of provinces enforcing federal legislation with federal funding might be a method of ensuring nationwide consistency of enforcement, and is deserving of further exploration.

269. See description of accords and other administrative arrangements in Webb, *ibid.*, at 173-200.

270. Statistics to support this claim are difficult to obtain, and point to an area where more empirical research would be most useful. The jurisdictions where prosecutions appear to be on the upswing are Ontario and British Columbia (see Swaigen, and Anthony in Duncan, ed., *Environment Enforcement*, *supra*, note 114. Quebec has also indicated its intention of increasing enforcement action (see *supra*, note 261). Federal authorities continue to maintain a relatively strong enforcement presence with respect to coastal waters and fisheries, particularly in British Columbia. See Canada, The Commission on Pacific Fisheries Policy, *Final Report*, *supra*, note 196.

271. As described in Canada, Federal Task Force on Program Review, *Improved Program Delivery, Environmental Quality Strategic Review, A Follow on Report* (Ottawa: Supply and Services Canada, 1986) at 38-40.

272. See G. York, "Sewers Pose Growing Pollution Risk" *The [Toronto] Globe and Mail* (17 March 1986) at A1 and A14; A. Lindgren, "Program to Monitor for Toxic Wastes in Region's Sewers" *The [Ottawa] Citizen* (18 March 1986). Both newspaper accounts refer to an unpublished federal study.

273. See York, *ibid.* at A14.

274. According to M. Kai Millyard, Pollution Probe, *ibid.*

275. For example, D. Mackay, in "Tackling the Toxic Threat" *The [Toronto] Globe and Mail* (8 April 1986) at A7, notes concerning toxic controls:

The only agency that can take the lead is Environment Canada. It has to bring together provincial, U.S. state and federal agencies, municipalities and others to attack the problem. To date, it has shown little interest in taking such a bold initiative.

IV. Use of Incentives

Although less visible, and perhaps more objectionable to some than command-penalty measures, the use of financial incentives to assist polluters is widespread, and can in certain circumstances result in quicker and more effective environmental protection than would coercive measures. In Alberta, a joint government-industry initiative known as the Alberta Government-Industry Acid Deposition Research Program is exploring the causes and effects of acid rain in that province.²⁷⁶ As of December 1985, in Ontario, the federal and Ontario governments have agreed to help subsidize the cost of abatement measures for severe cases of sulphur dioxide emissions. Pursuant to the federal *Income Tax Act*, an accelerated capital-cost allowance is available for equipment purchased primarily for the purpose of abatement.²⁷⁷ Most jurisdictions have legislation providing their Minister of Environment authority to give grants and subsidies for environmental improvement.²⁷⁸

Financial incentives take many forms and possess a variety of distinctive legal and operational characteristics. In another paper written by the author, a more complete description of incentive programmes is undertaken.²⁷⁹ Below, a brief outline of one such initiative is set out.

Pollution control poses many difficult problems, but perhaps the most troubling are those associated with marginal "existing" industries. The problem can be summarized by a single question: "How do you apply new rules to old players?" The less than satisfactory response of Canadian jurisdictions to date points to an inherent limitation of current command-penalty techniques: that is, a threat of penalty is not a very effective pollution control inducement to ailing, marginally profitable industries, struggling to stay afloat. Essentially, current control legislation focuses on pollution control as if abatement decisions were made in isolation from other decisions of industrial operations when in some cases a broader approach would appear to be more appropriate. The Canadian experience with the pulp and paper sector is described below as an example of this phenomenon.

276. According to Dr. H. Sandhu, Senior Research Manager, Research Management Division, Alberta Department of Environment, the Alberta Government-Industry Acid Deposition Research Program is a 60%-40% (government-industry) shared-cost initiative, which has been in place since 1983 (telephone conversation, October 1987).

277. The *Income Tax Regulations*, schedule II, class 24.

278. For example, in Quebec, the Quebec Minister of Environment has the power to grant loans or subsidies to groups or individuals to promote the training of environmental protection experts and to construct or operate waste management systems (the *Environmental Quality Act*, subs. 2(d) and Part XII). In Nova Scotia, the Nova Scotia Minister of Environment has the authority to give grants and loans for research and training and for the development of waste management and waste disposal facilities (the Nova Scotia *Environmental Protection Act*, para. 8(1)(f) and the Prince Edward Island *Environmental Protection Act*, s. 12).

279. Webb, *supra*, note 3, Chapters VII to IX.

The *Pulp and Paper Effluent Regulations* promulgated in 1971 pursuant to the federal *Fisheries Act* recognized the existing industry problem by setting two sets of effluent standards: one for "existing" mills (defined as those mills in operation prior to 1971), another for "new," "expanded" or "altered" mills (mills built or significantly rebuilt or expanded since 1971). A date of application for the existing mills standards has never been set. Instead, federal officials announced that they would negotiate compliance schedules with mills, individually. According to the most recent statistics available (1982), there was still substantial non-compliance with the existing mill standards.²⁸⁰

Studies by federal and provincial governments in the late 1970s²⁸¹ revealed that the old and less efficient mills (the majority of which are located in Eastern Canada) needed modernization as well as pollution abatement investments. It was also found that, not only were these mills the least able to generate capital, they usually also were the worst polluters.

Starting in 1979, the federal and affected eastern provincial governments joined forces to offer the pulp and paper industry a "Modernization Programme" in which government offered to pay industry twenty-five per cent of the cost of modernizations, provided those modernizations met government approved objectives, including those relating to environmental protection and energy conservation. The federal legislative foundation for the Modernization Programme consisted of one long, ambiguous statement buried in the schedule to an appropriation act.²⁸² The actual description of the programme was contained in federal-provincial subsidiary agreements. Even in these, eligibility criteria for grants were described in vague terms, thus leaving wide discretion in the hands of government officials. This discretion not only gave officials flexibility in bargaining, but it also meant that potential applicants and third parties had little advance indication of what types of programmes would be approved.

Negotiations leading to the awarding of grants were highly technical and often lengthy, involving federal and participating provincial bureaucrats. Neither legislation nor subsidiary agreements provided recourse for rejected applicants. Third parties were not involved in these negotiations nor were there provisions for third-party participation at the follow-up stages. Grant applications were treated as confidential, and successful grant agreements were considered contracts, to which normal rules of privity of contract would apply.

From 1979 to 1986, ninety-four grants to fifty-four companies were distributed, at a cost to participating governments of \$613 million thus generating a claimed \$5.5 billion in capital investment.²⁸³ To date, the author has not been able to determine the reduction in pulp and paper emissions resulting from the programme.

280. See *Status of Abatement from the Pulp and Paper Industry* (EPS — 1/PS/1 — October 1984).

281. Discussed in greater detail in Webb, *supra*, note 3, chap. IX.

282. *Appropriation Act No. 5, 1973*.

283. See K. Noble, "Forest industry attempts to kick the grant habit" *The [Toronto] Globe and Mail* (31 December 1985).

Properly conceived and implemented, incentives can enhance government's ability to induce abatement. On the other hand, the question can be asked, should government be financing the private sector to meet government's own regulatory standards? Will the existence of incentive agreements affect prosecutorial decision making? To date, little research in this area has been undertaken. Regardless, it is likely that government will continue to use incentives to complement their command-penalty regulatory programmes.

V. Refinements to Existing Control Regimes

The legislation and regulations which establish control regimes are constantly being amended to reflect new understandings of pollution problems, and new approaches and perceived changes in public and judicial attitudes toward environmental protection. There seems to be three trends in the type of refinements taking place in the 1980s. First, legislation is being consolidated, so that problems of a similar nature are all treated pursuant to the same regime. The British Columbia *Waste Management Act*, which is intended to rationalize and replace the *Pollution Control Act*²⁸⁴ and the *Litter Act*,²⁸⁵ is an example of this type of refinement. Second, legislation has also been amended to give administrators and courts more and better options in their handling of pollution situations. The enhanced remedial powers and beefed-up penalties introduced in Manitoba's new *Environment Act* and revised Ontario *Environmental Protection Act* (discussed above at 31-32, 35, and 37) are illustrations of this type of legislative improvement.

Third, both the scope and focus of control legislation are also being improved in some jurisdictions. The enhanced citizen participation role in the new Manitoba *Environment Act* (discussed earlier) is one example of this type of improvement. The 1986 Municipal/Industrial Strategy for Abatement (MISA) introduced by the Ontario MOE in 1986 is another example of this type of refinement. The primary objective of MISA is to introduce new measures to reduce persistent toxic effluents. Formulation of the strategy followed recognition that existing wastewater treatment was largely inadequate to control non-conventional toxic pollutants.²⁸⁶ According to the white paper which first outlined MISA (issued in June 1986), the MOE initially plans to promulgate new toxic regulations for municipalities and eight major industrial sectors.²⁸⁷ The first step will be the creation of comprehensive and rigorous monitoring requirements. Once

284. Repealed by s. 47 of the *Waste Management Act*.

285. Repealed by s. 41 of the *Waste Management Act*.

286. See generally, MISA White Paper, MOE, June 1986.

287. The eight identified industrial sectors are: petroleum refining, organic chemical manufacturing, inorganic chemical manufacturing, pulp and paper, metal mining and refining, industrial minerals, iron and steel manufacturing, and electric power generation, *ibid.* at 3.

these are in place, it is expected that the MOE will be able to compile data from which toxic effluent standards would follow.²⁸⁸

The standards are to be based on the Best Available Technology Economically Achievable (B.A.T.E.A.).²⁸⁹ Both monitoring and permissible effluent standards will be subject to periodic review. To date, draft effluent monitoring standards for the petroleum refining sector have been established. The draft regulations attempt to be comprehensive, involving tests of 155 chemicals, some monitored daily, others weekly and the remainder three times quarterly.²⁹⁰ The petroleum refinery industry is expected to be fully in compliance with the monitoring regulations within six months of their promulgation as law.²⁹¹ The consultation process which has led to the draft of the monitoring regulations appears to have been thorough, open, and fair. It comprised a joint industry/government technical committee with representatives from the federal and provincial governments and the petroleum industry and an independent advisory committee consisting of knowledgeable members of the public. The draft regulations and the report of the independent advisory committee were also distributed to the public for comments.²⁹² Regulations restricting toxic effluents from the petroleum refinery sector are targeted to be in force by the end of 1988.

It is likely that the MOE's experience with the petroleum refinery sector will be the prototype for similar more comprehensive regulations in most other Canadian jurisdictions. For this reason, it is important that the MOE be careful to ensure that the current largely co-operative atmosphere between government and industry does not become antagonistic. The choice of the petroleum refinery sector as the first target industry to be subject to the new regulations is strategically a good one, given the relatively small number of refineries in the province, the relative similarity in refining processes from one refinery to another, and the comparatively good environmental record and economic health of the industry.²⁹³ These almost ideal conditions for the introduction of new, more stringent regulations are not likely to be repeated in other sectors. Difficulties in the drafting of the permissible effluent regulations could include problems such as defining and defending the numbers representing industry-wide B.A.T.E.A., and the prospects of continually amending the regulations to reflect changes in monitoring detection capabilities and B.A.T.E.A. over time.

The MISA programme is ambitious and sweeping in its terms. Given the likelihood of changes in political winds, the only guarantee that the programme will be carried out in the way it has been announced would be in statutorily codified obligations, requiring regulations for specified sectors by fixed dates. However, the many

288. *Ibid.* at 10, 12.

289. *Ibid.* at 2, 8, 31.

290. MISA draft effluent monitoring regulation for the petroleum refining sector.

291. *Ibid.* at 50.

292. MISA Bulletin, MOE, July 1987.

293. MISA draft effluent monitoring regulation for the petroleum refining sector, MOE, July 1987 at 48-50.

unforeseeable twists and turns which inevitably lie between the objective of putting regulations into place and their actual promulgation reduce the likelihood of such obligations ever being statutorily entrenched.²⁹⁴

VI. Changing Industry Attitude

Faced with poll after poll indicating that Canadians consider environmental protection an important societal priority, and sustained efforts by governments, courts and environmental groups, industry seems to be slowly accepting the fact that pollution control is here to stay.

Larry Thibault, president of the Canadian Manufacturers Association is quoted as saying:

Responsible companies believe that there are many operators out there who are not as careful as they should be. They have no quarrel with the government taking such companies on in court to get the bad actors out of the system.²⁹⁵

The Technical Director of the Canadian Petroleum Association has recently stated that the petroleum industry can no longer shrug off conservationists as a lunatic fringe.²⁹⁶ Following prosecutions in Ontario, enforcement staff report greatly improved co-operation from previously recalcitrant operators.²⁹⁷ The recently released National Task Force on Environment and the Economy calling for "sustainable economic development" and the need for government-industry co-operation is another sign of the responsible attitude taken by most actors in the private sector.²⁹⁸

There is growing recognition that environmental protection can have benefits, namely "reduced waste, sales of by-products, more efficient use of raw materials, energy savings and sometimes the development of totally new products."²⁹⁹ It has been

294. See, e.g., *Re Aluminum Co. of Canada and the Queen* (1986), 55 O.R. (2d) 522 (Div. Ct).

295. As quoted in Ohlendorf, *supra*, note 191 at 43.

296. As described in "Conservationists gaining respect, oil industry says," *supra*, note 6.

297. As described by Swaigen (MOE) in Duncan, ed., *supra*, note 114, and as related to the author by M. McKenney, Task Force Leader, Investigations and Enforcement Branch. Little empirical evidence is available from other regions, and is sorely needed.

298. Canada, *Report of the National Task Force on Environment and Economy: submitted to the Canadian Council of Resource and Environment Ministers* (Ottawa: The Task Force, 24 September 1987).

299. See Ohlendorf, *supra*, note 179 at 42 quoting J. Donnan, MOE.

reported "that companies manufacturing pollution abatement equipment are doing a brisk business."³⁰⁰

While it may be premature to say that industry has embraced the environmental ethic, evidence of such an attitudinal change should not really be so surprising: environmental protection was a change in "the rules of the game" when regulatory pollution control measures were first introduced. As government, courts and the public were adjusting to these new rules, so was industry.³⁰¹ The problems of today are usually in the nature of weeding out bad actors and reacting to newly discovered problems. The wholesale industry opposition which might have been characteristic of earlier years is uncommon. If nothing else, the rhetoric has certainly improved.

300. *Ibid.* at 43. However, John Sikes, an environmental consultant to the pulp and paper industry, in a 1987 private conversation with the author, observed that companies specializing in pulp and paper abatement research have been decimated in the past decade. He lamented the passing of the government sponsored research programmes of the 1970s (for discussion of some of these terminated programmes see Webb, *supra*, note 3 at 518-522).

301. *Ibid.* at 46.

CHAPTER FOUR

On the Horizon — The Proposed New Crime

The face of pollution control has changed significantly over the past thirty years. Governments have replaced sweeping but largely unenforced prohibitions characteristic of the pre-1960s with the regulatory control framework in place today. The transition from prohibition to control marks the first significant step towards a coming to grips in the sense that an absolute "hear-no-evil-see-no-evil" approach has been replaced by a more realistic "let's-keep-things-under-control" position.

In the second half of the 1980s, there is evidence of a second important advance towards coming to grips. However, this headway is made largely at the operational rather than legislative level. As government officials, the courts, regulatees and the public have become more familiar with the pollution control process, they have begun to adjust their approaches and practices. After close to two decades of experience in regulatory pollution control, there is a growing appreciation and understanding of the strengths and limitations of the various instruments, actors and institutions involved.

Notwithstanding this growing appreciation and understanding, there is widespread concern that available regulatory instruments are not adequate to attack the ongoing threat posed by pollution of the environment. The view has been expressed by the Law Reform Commission of Canada in Working Paper 44,³⁰² that the pollution control armoury needs to be augmented by providing in the *Criminal Code* a separate new offence entitled "crimes against the environment." As proposed in the Working Paper, this new crime is intended to complement the existing array of regulatory instruments, not supplant them.³⁰³ Subsequently, the Law Reform Commission, in its Report 31, *Recodifying Criminal Law: Revised and Enlarged Edition of Report 30*, has recommended the addition of a crime for those who recklessly cause disastrous damage to the environment.³⁰⁴ At first blush, these proposals seem attractive. Most will agree that pollution is a serious problem. It can only help to have the widest possible variety of weapons at hand to combat this growing threat to public health and safety and to the

302. See *supra*, note 22.

303. *Ibid.* at 4: "Far from limiting the scope of environmental agencies, it is intended that the explicit prohibition, in the *Criminal Code*, of some acts or omissions seriously harmful or endangering to the environment, will provide those agencies with an important additional tool."

304. *Supra*, note 22 at 106-110.

quality of life. However, great care must be taken not to look to the criminal law as a "cure-all" for the pollution problem, which is mostly regulatory in nature.

Looked at from a regulatory, enforcement perspective, a new crime against the environment may not prove as beneficial as it first appears. In this section of the paper, the operational problems associated with a crime against the environment are explored. It is suggested that the enforcement considerations described in this section need to be carefully considered by legislators before any such proposals are acted upon. At the most basic level, attacking the problem of environmental pollution through the criminal law diverts the time and energy of society away from the *real* problems of environmental protection — problems of regulatory implementation. And to the extent that the call for creation of a new crime indicates a belief that the existing command-penalty "guns" are not big enough, it is, I submit, fundamentally misguided. As Professor Andrew Thompson of the University of British Columbia has noted, the weaknesses of the present system

will not be cured by enacting more statutes and regulations creating more environmental offences and penalties.... The writing of ... new prohibitions and penalties is often the response of the regulator who lacks the means or knowledge to manage the problem.³⁰⁵

The solution to the problem of environmental pollution lies in more strategic and concerted use of the framework already in place. What is needed most urgently is the political will to use to their full potential the weapons already available. The addition of a "bigger gun," or the "ultimate sanction" of possible conviction under the proposed new *Code* offence, may give the appearance that the environment is thereby better protected. But such an appearance is misleading.

First, it fails to recognize the possibility that the existing regulatory regimes specifically relating to protection of the environment, together with the more general *Code* provisions not specifically addressing environmental protection, may be quite adequate to deal with the problem, if they are appropriately and consistently applied. By diverting attention away from the fact that the real problem may lie in the lack of resolve to enforce existing laws, the creation of a new crime may give rise to a false confidence that the problem is being dealt with. Second, if it has been difficult to secure convictions and large penalties with the existing regulatory pollution offences, the situation will be even more bleak with a new crime against the environment. Proof of *mens rea* and restrictive procedural requirements will decrease the likelihood of criminal conviction.³⁰⁶ Problems in obtaining convictions under the proposed new crime might send wrong signals to those acquitted and to other polluters who are supposed to be deterred by the prospect of criminal conviction. Third, the inevitable confusion

305. Thompson, *supra*, note 1 at 5.

306. On this point see N.C. Sargent, "Law, Ideology and Corporate Crime: A Critique of Instrumentalism" (Paper presented to the Law and Society Association at the Learned Societies Conference, Windsor, Ontario, 7 June 1988).

whether specific conduct amounts to a criminal offence or merely a regulatory infraction will impose an additional and unnecessary burden on those administering the law.³⁰⁷

The existence of a special environment offence in the *Code* may, in fact, result in new and unexpected problems. As discussed earlier in this paper, criminal notions of enforcement which emphasize prosecutions and courts are often inappropriate in environmental settings. Administrators have come to recognize that many instances of pollution are indicative of more fundamental problems in the operation of particular industrial establishments. The most effective way in which they can advance the cause of a clean environment often is to work with the polluter to find a solution to the underlying problem, rather than to prosecute each detected transgression. The threat of possible prosecution is reserved as a tool for encouraging the co-operation of the polluter and as a means for punishing the flagrant offenders who refuse to co-operate in clean-up efforts.

The addition of a specific crime against the environment would mean that regulatory prosecutions need no longer be reserved only for the worst transgressions. Logically, the rationale for restrictive use of regulatory prosecutions would shift, leaving them to be directed against less serious violations that are now usually handled without resort to the courts. This would result in increasingly legalistic and adversarial relations between government and the private sector. The dangers of a heavily court-oriented approach have been demonstrated by the U.S. regulatory experience.³⁰⁸

Moreover, the possibility of government bringing a criminal prosecution in relation to any particular incident of pollution might result in the courts imposing the heavy procedural restrictions associated with the criminal law on government officials in the carrying out of their regulatory functions. This would frustrate the co-operative aspect of present implementation efforts. Thus, the introduction of a new environmental crime could inject uncertainty into current enforcement practices just as they are beginning to be rationalized.

As was described earlier in the paper, most Canadian governments now have at their disposal a wide variety of regulatory offences which are more than adequate to deal with the pollution problem. Environmental protection legislation authorizes courts to levy penalties on convicted polluters up to one million dollars per day, imprison in certain cases and, in others, order remedial action or shut down a source of pollution.³⁰⁹ Only in the past few years have courts even begun to make full use of the sentencing powers available to them. This array of sanctions in regulatory legislation makes the addition of a specific *Code* environmental offence unnecessary.

307. Dr. Hans-Jörg Albrecht of the Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, Freiburg, West Germany, who has been studying the enforcement of the new environmental crime in West Germany, has reported that the addition of the crime has caused significant conflicts between administrators of regulatory and criminal environmental offences: correspondence from Dr. Albrecht, November 12, 1987.

308. See, e.g., "regulatory unreasonableness" discussion in Bardach and Kagan, *supra*, note 264 at 104-116, and Edelman and Waldine, *supra*, note 264.

309. Discussed above at 29, 32, 38.

In support of the proposed crimes against the environment, Working Paper 44 argues that the full force of the criminal law is needed to convey societal abhorrence and condemnation of particularly outrageous acts of pollution.³¹⁰ It is presumed in Working Paper 44 that the stigma which attaches to a conviction of a regulatory offence is not as severe as that which attaches to a criminal conviction, regardless of the facts which give rise to the conviction or of the severity of the penalty imposed. This is simply not borne out in practice.

Like crimes, regulatory pollution offences can attract severe penalties. They are generally treated seriously by the courts, government, industry and the public at large, and conviction for such offences carries significant negative social stigma.³¹¹ Regulatory legislation already exists which expressly recognizes the sanctity of the environment and its need to be protected.³¹² Administrators may address both negligent and intentional polluting activity with strict-liability regulatory offences (see above at 38). With regulatory offences they can avoid the difficult task of proving *mens rea* (as is required with criminal offences) and they can generally expect convictions with the possibility of heavy penalties. Characterization of pollution offences as civil and public welfare in nature rather than criminal may even support procedural innovations in sentencing not possible with criminal offences.³¹³

The argument in favour of creating special "crimes against the environment" is predicated on two premises. First, that there is a certain category of polluting activity that is so culpable that it is truly criminal in nature and therefore calls for the full sanction of the criminal law and, second, that the existing provisions of the *Code* are not adequate to deal with this particular type of criminal behaviour. The first premise is most certainly correct. Acts of pollution which endanger human health and safety or cause actual injury to humans, and acts which damage property are criminal if committed with the requisite mental element to ground criminal liability. The position taken in this paper is that current *Code* offences, with the endangerment and vandalism refinements proposed by the Law Reform Commission of Canada in its recent Report

310. See *supra*, note 22 at 46-47.

311. For example, if regulatory offences were not treated seriously and did not attract significant societal stigma, why would government expend over \$2 million on prosecuting a regulatory offence (as in the *Suncor* case, *supra*, note 82), and why would the private sector so vigorously argue due diligence defences (see, e.g., almost any issue of *Canadian Environmental Law Report*)? Regulatory environmental legislation can and does explicitly express society's abhorrence for environmental degradation (see note 312, *infra*).

312. For example, the preamble to the *Canada Water Act* reads:

[P]ollution of the water resources of Canada is a significant and rapidly increasing threat to the health, well-being and prosperity of the people of Canada and to the quality of the Canadian environment at large and as a result it has become a matter of urgent national concern that measures be taken to provide for water quality management in those areas of Canada most critically affected....

See also the *Ontario Environmental Protection Act*, the *Manitoba Environment Act* and the *Canadian Environmental Protection Act*.

313. Swaigen and Bunt, *supra*, note 75 at 50.

31 can adequately address these acts without the creation of a specific crime against the environment.³¹⁴

Before evaluating whether current *Code* offences supplemented by refinements proposed in Report 31 are adequate to deal with criminally culpable acts of pollution, it is first necessary to establish what can be accomplished, and what interests can be protected, by applying the criminal law in the area of environmental protection.

This issue was ably addressed in Working Paper 44. After canvassing the various possible justifications for using the criminal law to control harmful activity in relation to the environment, Working Paper 44 came to the conclusion that such use must be tied to protection of *human* interests in a safe and clean environment. The paper explicitly rejected the argument put forward by some, that the environment should be protected for its own sake even if pollution incidents should result in no risk or harm to human health or limitation upon the use and enjoyment of the environment by humans.³¹⁵

If one agrees that it is only the human interest in a safe and clean environment which needs to be protected by criminal law, the question remains whether the current *Code*, together with the refinements proposed by the Law Reform Commission of Canada in Report 31, adequately address that need. At the most fundamental level, if an incident of pollution causes actual harm to humans and the pollution resulted from an intentional or reckless act or an act of criminal negligence, then, pursuant to crimes of criminal negligence, common nuisance and mischief, or the proposed new crimes of endangerment and vandalism, the polluter will be held criminally liable for the results of the pollution.

Subsection 202(1) of the *Code* provides that "[e]very one is criminally negligent who ... shows wanton or reckless disregard for the lives or safety of other persons." Where the criminal negligence in question causes death, the perpetrator is liable upon conviction to life imprisonment. Where the negligence causes bodily harm, the maximum punishment which courts can levy is ten years imprisonment. The criminal negligence offence would appear to be particularly well suited to environmental disaster situations such as the Bhopal, India, incident where many people died following a lethal gas leak. In the only available reported Canadian case known to the author in which the criminal negligence provision was applied to an environmental context, a corporation was acquitted in the death of three of its employees following a gas leak. The acquittal was based on the fact that the corporation's conduct was not considered to amount to such serious or gross negligence as to come within the terms of the

314. See discussion of applicability of existing *Criminal Code* offences to environmental contexts below. Proposed changes to the *Code* outlined in Report 31 may also apply in environmental situations. Report 31 was published some two years after Working Paper 44. The main relevant provisions of the proposed new Criminal Code are: i) the re-definition of the mental element of criminal conduct in terms of three levels of culpability, namely intent, recklessness and negligence, with the accompanying clarification of which level of culpability is required to constitute particular offences against persons and against property; ii) the proposed new offence of vandalism which encompasses a variety of offences against property as set out in the present *Code*; and iii) the proposed new offence of endangerment. The applicability of each of these to the problem of environmental pollution is discussed above.

315. See *supra*, note 22 at 8-10.

offence.³¹⁶ Although the circumstances in this case were held not to constitute criminal negligence, the potential applicability of this offence to incidents of serious harm to the environment is clearly demonstrated.

Subsection 176(2) of the *Code* defines the crime of "common nuisance" as follows: "everyone [who] does an unlawful act or fails to discharge a legal duty and thereby ... endangers the lives, safety, health, property or comfort of the public" can, upon conviction, be imprisoned for up to two years. Because the criminal offence of common nuisance extends to encompass situations where "property or comfort of the public" is endangered, it could be used in situations where the environment has been affected although no lives have been endangered. Commentators have pointed out that the offence of common nuisance would appear to be well suited to "[s]erious air pollution caused by an industrial plant or dumping of effluent into water beyond authorized standards ..."³¹⁷ although, to date, no such prosecutions have been reported in Canada.

Pursuant to section 387 of the *Code*, any one commits the criminal offence of mischief by wilfully (1) destroying or damaging property; (2) rendering property dangerous, useless, inoperative or ineffective; (3) obstructing, interrupting or interfering with the lawful use, enjoyment or operation of property; or (4) obstructing, interrupting or interfering with a person in the lawful use, enjoyment or operation of property.

The maximum punishment for criminal mischief offenders who endanger life is imprisonment for life, while for public property mischief it is fourteen years imprisonment. For mischief to private property (up to five years imprisonment), the property so damaged by mischief must not belong to the wrongdoer. In fact, in the one known pollution-related prosecution pursuant to the mischief section, the accused parties escaped liability by establishing that the pollution had occurred on their own property.³¹⁸ The judge who rendered the decision indicated that the behaviour in question constituted gross negligence and wilful blindness, which suggests that in the particular fact-situation at bar the Crown might have had more success had they chosen to prosecute pursuant to the criminal negligence or nuisance provisions of the *Code* discussed above.³¹⁹

Beyond these existing crimes, the proposed new offence of endangerment which can be committed by intentionally or recklessly creating a risk of death or serious bodily harm to any person, would cover any incidents of reckless or intentional pollution which created serious health or safety risks for humans. The fact that such risk is created by pollution of the environment rather than by some other means, such as dangerous construction practices or reckless handling of explosives, is irrelevant for determining criminal liability.

316. See *R. c. Chagnon (1975) Ltée*, [1981] R.L. 454 (Qué. C.S.P.).

317. See Good, *supra*, note 16 at 285.

318. See *Le Procureur général de la Province de Québec c. American Iron and Metal Company (1969) et Leduc* (11 February 1983) Montréal (Ct. Sess. P.) [unreported].

319. For more detailed discussion of the potential application of existing *Code* offences to environmental situations, see Glassbeek, *supra*, note 16; and Glassbeek and Rowland, *supra*, note 16 at 506.

The revised Code (Report 31) proposed by the Commission includes a new offence of vandalism. The draft Code provides simply that:

Everyone commits a crime who, without another person's consent, damages that other's property or by physical interference renders it useless or inoperative:

(a) purposely; or

(b) recklessly.³²⁰

This offence would appear to be well suited to penalizing intentional or reckless acts of pollution which interfere with public enjoyment of the natural environment. While much of what we refer to as the natural environment is publicly owned, damage caused to it, intentionally or recklessly, by pollution would constitute a criminal offence of vandalism under the Commission's Code since it would constitute unjustified interference with the public's right to enjoy use of this public property.

In recodifying the criminal law, the Commission has been guided by the doctrine of restraint, which dictates that behaviour should not constitute a crime unless it results in harm or risk of harm to society, to individuals, or actual harm to property that cannot be redressed through private law. The Commission has advocated consolidation of offences wherever possible and it has favoured formulation of the Code in simple language that makes clear to all concerned exactly what conduct is prohibited. In the process of consolidation the Commission has recommended abolition of a number of specific offences. For example, cattle rustling and stealing from oyster beds are consolidated into a simple and clear-cut offence of theft. Exactly the same logic applies with regard to the proposed crime against the environment. All of the mischief which the offence can reasonably be expected to condemn is already covered by other provisions in the proposed new Code or in the existing Code.

Also, the task of defining clearly the exact conduct which constitutes a crime against the environment is practically impossible since many acts which technically amount to pollution of the environment are permitted or even encouraged by society in the pursuit of economic development. Sometimes even catastrophic alteration of the environment, as in large-scale hydro-electric projects, is regarded as desirable. To define the offence in terms of serious violation of federal or provincial standards (as is suggested in Working Paper 44) is far too uncertain a standard to meet the requirement of legality which is fundamental in criminal law. If *mens rea* offences with heavy penalties should be added at all, the more sensible approach would be to include them in legislation which specifically addresses the type of environmental harm in question. Thus, for example, the federal *Oil and Gas Production and Conservation Act* has recently been amended to provide that persons who cause or permit oil and gas spills are liable on conviction or indictment to a fine of up to one million dollars per day or up to five years imprisonment, or both.³²¹ Of late, provincial legislatures have begun to add heavier sanctions to their environmental protection legislation (as discussed earlier at 29 and 32).³²²

320. See *supra*, note 22 at 87.

321. See subs. 19.1(1) and s. 49. See also the new *Canadian Environmental Protection Act*, s. 115.

322. Some existing provincial pollution legislation already included the penalty of imprisonment: see *supra*, note 143.

A codified environmental crime defined in terms of disaster or catastrophic loss (as is proposed in the Law Reform Commission's Report 31) may be equally unnecessary, since it is virtually inconceivable that there could be a catastrophic incident of pollution that would not, if the requisite mental element were present, constitute an offence under one of the provisions of the Code. Moreover, the concept of "disastrous damage to the environment" may lack the definitional precision required to comply with section 7 of the *Charter*.

Those who favour creation of a special environmental crime express particular alarm at the conduct of those polluters who flout the law and regard regulatory penalties simply as a cost of doing business. The solution to this problem, I submit, lies in toughening the regulatory sanctions for repeat offenders, and enforcing these sanctions to the point where it becomes economically unattractive to disregard the laws. In extreme cases, a polluter should be put out of business, and if necessary, the plant and equipment of that polluter should be subject to forfeiture to prevent the re-opening of the enterprise under a different name. Furthermore, where the conduct of polluters who persistently disregard court orders to clean up their operations amounts to defiance of the court, they should be charged with contempt, as has been done recently in Ontario (see above at 33),³²³ and dealt with severely for that additional offence. The directors of offending corporations could also be held personally liable for the actions of their businesses (see above at 32).

The other particularly heinous type of pollution which moves some people to call for a special crime is the practice of "midnight dumping," that being the intentional clandestine disposal of toxic or noxious wastes in an unauthorized manner that damages the environment. There are many forms of conduct in our society which are beneath contempt, some of which seriously threaten the very fabric of society. But we do not attempt to prescribe all such behaviour through the criminal law, especially when more efficient and practical means such as regulatory regimes are available. Midnight dumpers who do not cause actual harm or risk of harm (if indeed there can be such a type of dumper), may be dealt with effectively through regulatory sanctions. Those who cross the line into criminality by causing harm or by creating unacceptable risks to human health and safety can be dealt with under the criminal law without creating a special crime against the environment.

It can be seen, then, that from a regulatory, operational perspective, a new crime against the environment is beset with problems which should be carefully considered before proposals of this nature are acted upon. To justify the creation of a new *Code* environmental offence, there must be a demonstrable need for such an offence, and there must be strong indication that the new crime will not detract from current efforts. As we have shown, neither case can be made out. No matter how attractive the creation of a new crime against the environment might appear to be, it is unlikely to improve protection of the environment. Surely this should be the only criterion which matters.

323. See *supra*, note 148.

Conclusions

In a 1973 article, Professor C.G. Morley of the Faculty of Law, University of Manitoba, concluded an examination of several federal legislative initiatives, new at the time, with the following comments:

If the problems were correctly perceived, if the policy was correctly conceived, if the legislation was properly drafted, if the regulations are intelligently developed, if the laws are effectively administered and enforced and if Canadians care enough, we will cope with many of our pollution problems.³²⁴

While Professor Morley's comment was directed specifically at the federal legislation he examined, it would appear to apply with equal force to all Canadian pollution control initiatives. Morley accurately captures some of the main variables which determine the success of government efforts to protect the environment. Failure with any one of these variables greatly decreases the likelihood of an effective government effort.

Now, in the second half of the 1980s, with a wide variety of pollution control legislation in place and with a certain amount of experience and knowledge of its operation, we are in a position to assess just how well we measure up to Morley's tests.

First, are the problems correctly perceived? Gone are the days when environmental protection could be viewed as a single problem. We now know that pollution can be the result of intentional behaviour, but by the same token it can be caused by negligent and even blameless conduct. Pollution can be perpetrated by individuals, and by organizations (for example, corporations). Pollution can be emitted from easily identifiable sources, or from less obvious and detectable origins. Pollution can occasionally be anticipated and prevented, and at other times be unexpected and unavoidable. The damage caused by pollution can be temporary and easily cleaned up in some cases, and in others be long-term, cumulative and synergistic. Given our improved understanding of the nature of pollution, we are now in a better position to rectify the situation.

Have the policies been correctly conceived? Here, as the legislatures have gained experience, they are slowly improving their understanding in the approach to environmental problems. Absolute prohibitions and criminal offences have given way to control regimes allowing individualized standards for each polluter. Courts and administrators now have ordering powers which permit direct corrective action where necessary. Moreover, non-coercive methods are increasingly being used. In effect,

324. See C.G. Morley, "Pollution as a Crime: The Federal Response" (1973) 5 Man. L.J. 297 at 311.

Government is beginning to take advantage of all available methods to address the multi-faceted pollution problem.

Are legislation and regulations properly and intelligently developed? Here again, the situation is gradually improving as time goes on. Legislation still does not accurately convey the realities of pollution control — the tradeoffs, the competing resource uses, the scientific and technical uncertainties and the federal-provincial factors. Many of the sanctions and powers provided are too blunt and unwieldy to be used by administrators on a day-to-day basis. Legislators have all too often failed to pass regulations which could "flesh out" the present legislative framework. Rationalization of penalties from one piece of legislation to another could be attempted in order to improve the likelihood of consistent treatment of offenders. In the past, public participation in the formulation of legislation and regulations has been insufficient, although greater effort seems to have been made to involve the public in recent years.

Are the laws effectively administered and enforced? As described in detail in this paper, there has been an evolution in attitudes and practices by government and courts toward implementation of pollution control legislation. Initially there might have been a tendency on the part of some government officials to go easy on polluters as government and the private sector adjusted to the new rules of the game, whereas now this leniency is giving way to a more hard-line approach as government in some jurisdictions begins to "get tough" and tighten up administrative, investigative and enforcement practices. Courts have introduced the notion of a public welfare, strict liability pollution offence which more accurately reflects the pollution control process. They have also indicated an increased willingness to take environmental offences seriously and to improve procedural fairness in environmental decision making. Problems associated with criminal courts handling public welfare offences however remain. The Law Reform Commission of Canada is exploring the possibility of establishing a separate set of procedures and courts for regulatory adjudication. The informal activities of government (that is to say "arrangements" between government and industry, between federal and provincial governments, and *ad hoc* incentive programmes) are now coming under increased scrutiny. Efforts to improve public participation, and to open up the pollution control process have been introduced. The author urges the creation of explicit enforcement policies such as those in place in Ontario and in the new *Canadian Environmental Protection Act*. Also needed is improved information concerning the compliance of regulatees to enhance accountability and encourage consistency in treatment. Still, pro-development tendencies of government and other institutional and individual biases and limitations will continue to hamper full implementation of legislation.

Do Canadians care enough? Surveys and opinion polls indicate that Canadians regard the environment as an important value to be protected. The frequent and increasingly sophisticated actions of public environmental groups underline the fact that the public will not be satisfied by ineffective or unenforced legislation. Citizen access to environmental protection processes could be improved. More information on the status of polluting operations and government enforcement strategies is needed.

Constant public pressure is essential to continued, diligent environmental protection by government.

In the second half of the eighties, environmental protection can no longer be considered a flash-in-the-pan concern which will go away after a few symbolic gestures have been made. The knowledge and experience gained through trial and error in the past years have put Government in a position to protect the environment in a much more comprehensive and effective way than was once possible.

It is now understood that there are limits to what command-penalty mechanisms can accomplish and that the solution is to use *all* possible approaches in concert, in a rational, planned manner. If we have unrealistic expectations of the capabilities of instruments, governments and courts, we will not be able to tackle the new, more complex and difficult pollution problems which are constantly arising. In this respect, the operational consequences associated with the proposals for a crime against the environment need to be thoroughly canvassed in the course of developing legislative reforms.

The 1980s require further refinement of the legislation in place, more comprehensive use of the framework available, more rigorous enforcement of command-penalty mechanisms, more widespread, open and consistent use of control regimes and incentives, and willingness to try imaginative solutions. A realistic attitude about the capabilities and weaknesses of instruments and institutions is the greatest legacy of the sixties and seventies.

Recommendations

Recommended Legislative and Administrative Reforms

(1) *The adequacy of emissions control legislation in all jurisdictions should be re-examined.* This re-examination is precipitated by the recent amendments to the Ontario and Manitoba pollution control legislations. The position taken in this study is that the basic legal framework for the control of industrial emissions is largely in place, and that, given the political will, the funding and the staff, an effective pollution control effort can be made within this existing framework. Although there is always room for improvement, persons concerned with the adequacy of environmental protection legislation should be wary of yet another wave of statutory amendments, ostensibly curing the ills of the existing regimes, unless it is accompanied by a firm and binding commitment to enforcement. This having been said, a rigorous examination of existing legislation, with a view to revising the penalties, increasing the administrative and judicial powers, enhancing the scope of activities covered by existing legislation, and improving public involvement in the pollution control process could be a useful exercise in the sense that it will likely send a message to polluters, government officials, courts and the public re-affirming the Government's commitment to effective environmental protection. To reiterate, however, any such legislative amendments passed in the absence of an express, long-term commitment to enforce them (for example, funding and staff allocations) risk being characterized as politically attractive but practically meaningless window-dressing.

(2) *Where governments have publicly committed themselves to establishing new legislation or new sets of regulations for particular sectors, then such commitments should as far as possible be codified in legislation.* These "sunrise" clauses would help to ensure that, regardless of changes in political climate, governments will carry out their promises or be forced to explain why they have not done so. Similarly, commitments that regulations will be reviewed and revised (for example, to keep up with technology) should be codified whenever practicable.

(3) *The use of contracts as a supplemental, alternative control approach should be attempted on a trial project basis in at least one jurisdiction to determine its feasibility.* The contractual approach shows promise of being an effective and more appropriate control method, and deserves further exploration at the field level.

(4) *As far as possible, enforcement and administrative personnel within environmental agency should be kept separate and distinct.* Although recognizing that in the smaller, poorer jurisdictions this recommendation might not be feasible, the benefits of distinct enforcement and negotiating units are sufficiently great that such arrangement should remain a long-term objective in those jurisdictions.

(5) *The position of existing pulp mills under the federal Fisheries Act should be clarified.* In 1971, effluent discharge standards for existing mills were established pursuant to the federal *Pulp and Paper Effluent Regulations*. However, unlike the standards for other types of mills, a date for application of the existing mill standards has never been set. Until a date of application is established, existing mills will remain legally subject to the absolute prohibition against all substances deleterious to fish standard set out in subsection 33(2) of the *Fisheries Act*. Thus, existing mills are legally prohibited from discharging all substances deleterious to fish while all other types of mills are subject to permissible effluent standards. As soon as possible, existing mills should be made subject to legally binding and enforceable effluent standards.

(6) *Joint government-industry research programmes into the causes and effects of pollution, and the feasibility and limitations of various pollution control technologies should be put in place.* Such programmes are public expressions of the government's commitment to correcting existing problems, and can act as important information sharing networks for government and industries attempting to come to grips with pollution and pollution abatement.

(7) *Each jurisdiction should be statutorily obligated to publish, for each piece of pollution control legislation, an enforcement and compliance policy.* Such a policy should indicate how the legislation is to be enforced, the roles and functions of the various units within the administering agency, the relationship between the administering agency and other departments and agencies of that jurisdiction, the relationship between the administering agency and other governments, and the channels for citizen participation. Administering agencies should be statutorily obligated to update compliance and enforcement policies annually or following any significant change in compliance and enforcement policy, whichever comes first. Should an administering agency act in a manner apparently inconsistent with the stated policy, concerned parties should be able to question its actions. The agency would then be required to supply a publicly available written explanation which would be published in the following edition of the compliance and enforcement policy.

(8) *In those cases where serious harm is intentionally inflicted on individuals or property, prosecutions pursuant to the present Criminal Code could be undertaken.* However, from an operational perspective, creation of the proposed new and distinct crime against the environment may be undesirable, because of its negative potential

effect on regulatory efforts and the low probability of obtaining convictions by this route.

(9) *Administering agencies should be statutorily obligated to include, in annual reports, an inventory of all enforcement actions taken, the averaged cost of enforcement action (broken down into investigatory, lab, legal and other categories), and a compliance progress report, describing the improvement or worsening of each sector regulated and explaining to the best of their abilities why the changes have occurred.* In this way, all parties concerned can achieve a better understanding of how legislation is actually implemented.

Recommended Research Programmes

(1) *An empirically based comparative study of legislative regimes and enforcement practices of government agencies responsible for pollution control across Canada should be undertaken.* The primary objectives of such a study would be to reveal the different approaches to pollution control currently evident in Canada, so that the advantages and disadvantages of prosecution and negotiation-oriented approaches can be fairly examined, legislative and administrative deficiencies exposed, and information regarding effective techniques shared. Such a study could be the precursor to the development of a more consistent approach to pollution control from one jurisdiction to another. A study of this nature also could lead to promulgation of model pollution control legislation from which jurisdictions could derive their own regimes.

(2) *Further study of the feasibility of provincially enforced and federally funded federal legislation should be undertaken.* In theory, this type of regulatory enforcement scheme could enhance the likelihood of coherent, and consistent nation-wide pollution control. The study would examine the administrative, constitutional, legal, political and economic implications of such a scheme. Comparisons with the American experience in this area could be helpful. Such a study could lead to the testing of a pilot project, and then, should this prove successful, to model legislation.

(3) *The feasibility of civilly imposed sanctions, including examination of the administrative, constitutional, legal, political and economic implications of such a regime should be examined.* Comparisons with the American experience in this area could be helpful. This study could lead to testing in a pilot project format, and, if successful, to model legislation.

(4) *The feasibility and value of a separate regulatory offences regime, with its own procedures and judges, including examination of the administrative, constitutional,*

legal, political and economic implications of such a scheme should be examined. The Law Reform Commission of Canada has commenced preliminary research in this area. This study could lead to a small-scale test project, and preparation of model legislation.

(5) *Distinctions between emissions control and toxic substances control in legislative and the administrative contexts, should be examined.* This study could lead to preparation of model toxics control legislation and accompanying regulatory strategies. Those jurisdictions currently lacking a separate toxics control regime look to this model for guidance in formulating their own legislation.

ined. The
this area.
egislation.

both the
could lead
compliance
ime could

Appendix A

List of Persons Consulted During the Course of Preparation of this Study

Dr. Hans-Jörg Albrecht, Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, Federal Republic of Germany

Mr. Vernon Albush, Graduate Student, Faculty of Environmental Design, University of Calgary

Mr. William Andrews, Acting Executive Director, West Coast Environmental Law Association

Mr. Earle Anthony, Assistant Deputy Minister, British Columbia Ministry of Environment

Mr. Barry Barton, Research Associate, Canadian Institute of Resources Law, University of Calgary

Mr. R.N. Briggs, Director of Pollution Control, Alberta Environmental Protection Services, Edmonton

Mr. David Coon, Policy Co-ordinator, Conservation Council of New Brunswick

Ms. Cathy Cooper, Environment Canada, Legal Services, Ottawa

Mr. Peter Dauphinee, Environment Canada, Legal Services, Ottawa

Professor Phil Elder, Associate Dean, Faculty of Environmental Design, University of Calgary

Ms. Janice Forsyth, Solicitor, Department of the Attorney-General, Government of Nova Scotia

Mr. Daniel Green, Société pour vaincre la pollution, Montréal, Québec

Mr. David Halliburton, Acting Chief, Renewable Resources Extraction and Processing Division, Industrial Programs Branch, Environment Canada, Ottawa

Mr. Peter Harris, Commercial Chemicals Compliance, Environment Canada,

Mr. Cam McDonald, Chief, Commercial Chemicals, Environment Canada, C

Mr. Mark McKenney, Task Force Leader, Investigations and Enforcement
Ministry of Environment, Ontario

Mr. John MacLatchy, Compliance and Enforcement, Environment Canada, C

Mr. Allan Maynard, ASL Analytical Service Laboratories Ltd., Vancouver

Mr. Kai Millyard, Pollution Probe, Ontario

Professor Murray Rankin, Faculty of Law, University of Victoria

Mr. Trevor Ruthman, Pulp and Paper Compliance, Environment Canada, Ott

Mr. Richard Scroggins, Industrial Programs Branch, Environment Canada, C

Mr. Robert Sentis, Assistant Deputy Minister, Saskatchewan Ministry of Env

Mr. John Sikes, Pulp and Paper Environmental Engineer, Sandwell C
Vancouver

Mr. K.R. Smith, Assistant Deputy Minister, Alberta Environmental Protection

Mr. Richard Stevens, Special Projects Officer, Manitoba Environment and
Safety and Health

Mr. John Swaigen, Counsel, Legal Services, Ministry of Environment, Onta

Ms. Elizabeth Swanson, Staff Counsel, Environmental Law Centre, Edmont

Dr. Andrew Thompson, Director, Westwater Research Institute, University
Columbia

Appendix B

Table of Statutes

Canada

- Aeronautics Act*, R.S.C. 1970, c. A-3.
- An Act to amend the Aeronautics Act*, S.C. 1985, c. 28.
- Appropriation Act No. 5, 1973*, S.C. 1973-74, c. 47.
- Canada Clean Air Act*, S.C. 1970-71-72, c. 47.
- Canadian Charter of Rights and Freedoms*, Part 1 of the *Constitution Act, 1982* being Schedule B of the *Canada Act 1982* (U.K.), 1982, c. 11 [Charter].
- Canadian Environmental Protection Act*, S.C. 1988, c. 22.
- Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34 [Code].
- Environmental Contaminants Act*, S.C. 1974-75-76, c. 72.
- Fisheries Act*, S.C. 1868, c. 60.
- An Act to amend the Fisheries Act*, S.C. 1960-61, c. 23.
- An Act to amend the Fisheries Act*, R.S.C. 1970 (1st Supp.), c. 17.
- Fisheries Act*, R.S.C. 1970, c. F-14.
- An Act to amend the Fisheries Act and to amend the Criminal Code in consequence thereof*, S.C. 1976-77, c. 35.
- Income Tax Act*, S.C. 1970-71-72, c. 63.
- Northern Inland Waters Act*, R.S.C. 1970 (1st Supp.), c. 28.
- Oil and Gas Production and Conservation Act*, R.S.C. 1970, c. O-4.
- Transportation of Dangerous Goods Act*, S.C. 1980-81-82-83, c. 36.
- Water Act*, R.S.C. 1970 (1st Supp.), c. 5.

Provinces

Alberta

Clean Air Act, S.A. 1971, c. 16.

Clean Air Act, R.S.A. 1980, c. C-12.

Clean Water Act, S.A. 1971, c. 17.

Clean Water Act, R.S.A. 1980, c. C-13.

Transportation of Dangerous Goods Control Act, S.A. 1982, c. T-6.5.

British Columbia

Litter Act, R.S.B.C. 1979, c. 239.

Ministry of Forests Act, R.S.B.C. 1979, c. 272.

Municipal Act, R.S.B.C. 1979, c. 290.

Pollution control Act, 1956, S.B.C. 1956, c. 36.

Pollution Control Act, R.S.B.C. 1979, c. 332.

Waste Management Act, S.B.C. 1982, c. 41.

Manitoba

Clean Environment Act, S.M. 1968, c. 7.

Clean Environment Act, S.M. 1972, c. 76.

Environment Act, S.M. 1987, c. 26, (c. E125 of CCSM).

Sanitary Act, S.M. 1871, c. 28.

Newfoundland

Clean Air, Water and Soil Authority Act, R.S.N. 1970, c. 44.

Department of Environment Act, S.N. 1981, c. 10.

Department of Provincial Affairs and Environment Act, 1973, S.N. 1973, No. 39.

Water Resources and Pollution Control Act, 1966-67, S.N. 1966-67, No. 57.

New Brunswick

Clean Environment Act, R.S.N.B. 1973, c. C-6.

Nova Scotia

Environmental Pollution Control Act, S.N.S. 1970, c. 4.

Environmental Protection Act, S.N.S. 1973, c. 6.

Environmental Protection Act, S.N.S. 1972, c. 8.

Ontario

Air Pollution Control Act, 1958, S.O. 1958, c. 2.

Environmental Protection Amendment Act, 1983, S.O. c. 52.

Environment Enforcement Statute Law Amendment Act, 1986, S.O. 1986, c. 68.

Environmental Protection Act, S.O. 1971, c. 86.

Environmental Protection Act, R.S.O. 1980, c. 141.

Municipal Act, R.S.O. 1980, c. 302.

Ontario Water Resources Act, R.S.O. 1980, c. 361.

Ontario Water Resources Commission Act, 1957, S.O. 1957, c. 88.

Pesticides Act, R.S.O. 1980, c. 376.

Provincial Offences Act, R.S.O. 1980, c. 400.

Public Health Act, 1884, S.O. 1884, c. 38.

Prince Edward Island

Environmental Protection Act, S.P.E.I. 1975, c. 9.

Québec

Environmental Quality Act, S.Q. 1972, c. 49.

Environmental Quality Act, R.S.Q. 1977, c. Q-2.

Saskatchewan

Air Pollution Control Act, S.S. 1965, c. 65.

Air Pollution Control Act, R.S.S. 1978, c. A-17.

Public Health Act, R.S.S. 1978, c. P-37.

Regulations

Canada

Alice Arm Tailings Deposit Regulations, SOR/79-345.

Chlor-Alkali Mercury Liquid Effluent Regulations, C.R.C. 1978, c. 811.

Income Tax Regulations, C.R.C. 1978, c. 945.

Meat and Poultry Products Plant Liquid Effluent Regulations, C.R.C. 1978, c.

Metal Mining Liquid Effluent Regulations, C.R.C. 1978, c. 819.

Penalties and Forfeitures Proceeds Regulations, C.R.C. 1978, c. 827.

Petroleum Refinery Liquid Effluent Regulations, C.R.C. 1978, c. 828.

Potato Processing Liquid Effluents Regulations, C.R.C. 1978, c. 829.

Pulp and Paper Effluent Regulations, C.R.C. 1978, c. 830.

Provinces

New Brunswick

Air Quality Regulations, N.B. Reg. 83-208.

Pulp and Paper Industry Emission Regulations, N.B. Reg. 83-128.

Water Quality Regulations, N.B. Reg. 82-126.

Ontario

Air Contaminants from Ferrous Foundries, R.R.O. 1980, Reg. 295.

Québec

Petroleum Refineries — Liquid Effluent Regulations, R.R.Q. 1981, c. Q-2, r. 6.

Pulp and Paper Mills Regulations, R.R.Q. 1981, c. Q-2, r. 12.

Solid Waste Regulations, R.R.Q. 1981, c. Q-2, r. 14.

Saskatchewan

Air Pollution Control Regulations, Sask. Reg. 211/75.

Shoreland Pollution Control Regulations, 1976, Sask. Reg. 54/76.



la lutte contre la pollution au Canada : la réglementation des années quatre-vingt

SÉRIE DROIT ADMINISTRATIF

DOCUMENT D'ÉTUDE

Canada



**LA LUTTE CONTRE LA POLLUTION
AU CANADA :
LA RÉGLEMENTATION DES ANNÉES
QUATRE-VINGT**

Série droit administratif

On peut obtenir ce document gratuitement en écrivant à :

Commission de réforme du droit du Canada
130, rue Albert, 7^e étage
Ottawa, Canada
K1A 0L6

ou

Bureau 310
Place du Canada
Montréal (Québec)
H3B 2N2

© Commission de réforme du droit du Canada 1988
N° de catalogue J32-3/40
0-662-56166-X

LA LUTTE CONTRE LA POLLUTION AU CANADA : LA RÉGLEMENTATION DES ANNÉES QUATRE-VINGT

Série droit administratif

Un document d'étude préparé à l'intention de la

Commission de réforme du droit du Canada

par

Kernaghan Webb, LL.B., LL.M.

Table des matières

PRÉFACE	1
INTRODUCTION	3
CHAPITRE UN : L'avènement de la réglementation antipollution	11
CHAPITRE DEUX : La mise en œuvre	17
I. L'écart entre la théorie et la pratique	17
II. Analyse	18
A. Préjugés au sujet de la lutte contre la pollution	18
B. Les difficultés suscitées par la législation	26
(1) Une formulation peu réaliste	26
(2) Des sanctions trop rigides	30
(3) La sévérité des peines	33
C. Les tribunaux, la pollution et la réglementation de la pollution	36
(1) Les tribunaux et l'activité polluante	37
a) La caractérisation du délit de pollution	37
b) La preuve	43
c) La détermination de la peine	46
(2) Les tribunaux et la lutte contre la pollution	48
a) L'équité procédurale	48
b) L'abus de procédure	52
D. Les facteurs non juridiques	55
(1) Les facteurs politiques	55
(2) La tendance du gouvernement à favoriser le développement	57
(3) Les facteurs bureaucratiques	58
CHAPITRE TROIS : Les tendances en matière de lutte contre la pollution	61
I. La participation accrue du public	61
II. La multiplication des poursuites	66
III. L'évolution du rôle et des responsabilités de l'Administration	67
IV. L'utilisation de stimulants	70
V. Amélioration des régimes existants	72
VI. L'évolution des attitudes dans l'industrie	74
CHAPITRE QUATRE : Le nouveau crime proposé par la Commission	77

CONCLUSIONS

RECOMMANDATIONS

Annexe A : Liste des personnes consultées au cours de la préparation
de cette étude

Annexe B : Table des lois

..... 87
..... 91
..... 95
..... 97

Préface

Les circonstances inhabituelles qui entourent la conception et l'élaboration de ce document d'étude permettront peut-être au lecteur de mieux comprendre la forme finale du présent document. En 1985, la Commission de réforme du droit du Canada examinait un projet de document préparé par la Section de recherche sur la protection de la vie, dans lequel on proposait la création d'un nouveau crime contre l'environnement qui serait ajouté au *Code criminel*. Suivant la procédure habituelle de la Commission, des copies du projet ont été distribuées aux autres Sections de recherche de la Commission, dont la Section de recherche en droit administratif, afin d'obtenir leurs commentaires à cet égard. À la lumière de mes recherches antérieures et d'un document d'orientation que j'avais présenté à la Section de recherche en droit administratif de la Commission sur la réglementation de la pollution industrielle des eaux et le Service fédéral de la protection de l'environnement,* j'ai rédigé une note de service dans laquelle je formulais mon opposition à la création d'un nouveau crime contre l'environnement. J'y soutenais essentiellement que d'un point de vue pratique, l'adjonction d'un nouveau crime n'aurait que peu ou pas d'effets avantageux, que l'intervention du droit pénal était susceptible de nuire aux efforts de réglementation, et qu'il serait préférable d'affecter les ressources disponibles aux réformes visant à améliorer les régimes de réglementation de la pollution, puisque depuis longtemps, c'est sur cette approche que les autorités au Canada concentrent la majeure partie de leurs efforts en matière de protection de l'environnement.

Après avoir considéré tous les commentaires reçus, la Commission a décidé de donner son appui à la proposition visant l'inclusion d'un crime contre l'environnement dans le *Code criminel* (voir le document de travail n° 44 intitulé *Les crimes contre l'environnement* (1985), et le rapport n° 31 intitulé *Pour une nouvelle codification du droit pénal — Édition révisée et augmentée* (1988)). Cependant, dans le but de favoriser un débat éclairé sur une question épineuse, et reconnaissant la valeur des arguments fournis dans ma note de service, M. le juge Allen Linden, président de la Commission de réforme du droit, a autorisé l'élaboration et la publication d'un document d'étude, dont j'ai rédigé la première ébauche en 1986. Dans ce texte, je faisais l'analyse critique du projet instituant le nouveau crime contre l'environnement, et je tentais de décrire le processus réel de réglementation de la pollution adopté par les autorités canadiennes et les problèmes qui y sont associés. (En fait, dans la version finale du document, j'examine d'abord la question de réglementation afin d'éclairer la discussion ultérieure sur la nécessité de créer un crime contre l'environnement.)

*K. Webb, *Industrial Water Pollution Control and the Environmental Protection Service* (document d'orientation), Ottawa, Commission de réforme du droit du Canada, 1983 [non publié]. Les conclusions tirées dans la présente étude s'étaient en grande partie sur les observations et les recherches décrites dans ce document. *Industrial Water Pollution Control and the Environmental Protection Service* se trouve sur microfiche dans la majorité des bibliothèques de droit au Canada.

En 1987, nous avons distribué des copies du document aux autorités fédérales et provinciales responsables de l'environnement, à des associations environnementales, à des universitaires et à d'autres individus et groupes intéressés (voir annexe A). Nous avons incorporé un grand nombre de leurs commentaires dans la version finale du document. Je suis redevable à ces personnes et à ces groupes de leurs précieuses suggestions. Je tiens également à remercier M. John Frecker, commissaire responsable de la Section de recherche en droit administratif qui a fourni des conseils utiles sur la partie du document qui traite des crimes contre l'environnement, les membres de la Section de recherche en droit administratif qui ont fourni des commentaires généraux, le personnel de soutien de la Commission qui a contribué à la préparation matérielle du document et enfin, la Commission elle-même qui a accepté de publier un document soutenant une position autre que la sienne. J'assume personnellement la responsabilité des erreurs et des omissions que pourrait contenir ce document.

K.R.W.
Ottawa
Juillet 1988

Introduction

La fin des années cinquante et le début des années soixante marquent une période de prise de conscience¹. Pendant les années soixante et soixante-dix, certaines solutions sont ébauchées. En cette seconde moitié des années quatre-vingt, forts de l'expérience acquise pendant les deux dernières décennies, nous commençons à trouver des réponses pour dénouer le problème.

D'énormes progrès ont été réalisés depuis la parution en 1962 de l'ouvrage intitulé *Printemps silencieux*², dans lequel Rachel Carson dénonçait les dangers des pesticides et réveillait la conscience collective de l'Amérique du Nord. À cette époque, il n'existait aucun ministère chargé de l'environnement au Canada³, peu de textes

-
1. Même si l'on ne s'entend pas pour situer avec exactitude le point de départ de la préoccupation «moderne» de l'environnement, les années soixante sont en général considérées comme le début de l'ère moderne : voir, par exemple, J.A. Kennedy, «Forward to the First Edition» dans D. Estrin et J. Swaigen, éd., *Environment on Trial*, 2^e éd., Toronto, Canadian Environmental Law Research Foundation, 1978 à la p. x; A.R. Thompson, *Environmental Regulation in Canada: An Assessment of the Regulatory Process*, Vancouver, Westwater Research Institute, U.B.C., 1980 à la p. 27.
 2. R. Carson, *Printemps silencieux*, Paris, Plon, 1963. Les commentateurs voient dans les ouvrages comme *Printemps silencieux* le point de départ d'une prise de conscience collective pour ce qui touche l'environnement; voir, par exemple, Thompson, *ibid*.
 3. Bien que des mesures de protection de l'environnement aient été prises par le fédéral et les provinces du Canada avant les années cinquante, ce n'est que vers la fin de cette période, et principalement pendant les années soixante et soixante-dix que l'on a créé des ministères ayant pour mission *exclusive* de mettre en œuvre les politiques gouvernementales en matière de protection de l'environnement. Par exemple, certains aspects de la protection de l'environnement relevaient du ministère des Pêches et des Forêts fédéral avant 1970. Ce n'est qu'en 1970-1971 qu'un ministère de l'Environnement distinct a été créé par le législateur. Pour un historique de l'évolution du ministère des Pêches et Forêts et du ministère de l'Environnement fédéraux, voir K. Webb, *Industrial Water Pollution Control and the Environmental Protection Service — A Background Study of the Compliance Initiatives Used by the Federal Government to Control Industrial Water Pollution, Focussing on the Pulp and Paper Sector*, document préparé pour la Commission de réforme du droit du Canada, 1983 aux pp. 156-162.

législatifs portaient exclusivement sur la protection de l'environnement⁴ et il n'y avait pas encore de rassemblements de citoyens comme Pollution Probe, Greenpeace et l'Association canadienne du droit de l'environnement⁵.

Cause marginale défendue par quelques «écologues» fanatiques, la protection de l'environnement est devenue une valeur importante aux yeux de l'ensemble de la société⁶. Aujourd'hui, la pollution est réprimée par un enchevêtrement de lois et de règlements fédéraux, provinciaux et municipaux⁷, et on trouve maintenant des avocats

4. Le *Sanitary Act* de 1871 du Manitoba était exclusivement consacré à la pollution des eaux. Par contre, la plupart des premières lois canadiennes qui traitent de la protection de l'environnement s'inscrivent dans le cadre d'un régime législatif plus large visant la protection de la santé publique ou la gestion des eaux ou des pêcheries (voir les commentaires en ce sens faits par H. Mitchell dans «A Brief History of Environmental Law», CELA, janvier 1977 aux pp. 1-2; et par P. Kenniff et L. Giroux dans «The Law Relating to the Protection and Quality of the Environment in Quebec», dans P. Elder, éd., *Environmental Management and Public Participation*, Toronto, CELRF, 1975, 213 aux pp. 216-217). C'est à la fin des années cinquante seulement qu'est introduite au Canada une législation «moderne» intéressant exclusivement la protection de l'environnement et la réglementation de la pollution; voir, par exemple, en Colombie-Britannique, le *Pollution-control Act*, 1956. En Ontario, le *Ontario Water Resources Commission Act*, 1957 a introduit d'importantes mesures relatives à la qualité des eaux. Cette loi a été suivie par l'adoption du *Air Pollution Control Act*, 1958. D'autres provinces étaient en retard par rapport à la Colombie-Britannique et à l'Ontario. Par exemple, ce n'est qu'en 1971 que l'Alberta a adopté une législation antipollution «globale»: le *Clean Air Act*, et le *Clean Water Act*.

5. Pollution Probe a été fondé en 1969 par des étudiants de l'université de Toronto. Greenpeace tire son origine d'un mouvement canado-américain quaker pour la paix et la protection de l'environnement en 1969. L'Association canadienne du droit de l'environnement a été formée par le gouvernement ontarien à titre de bureau d'aide juridique en 1970.

6. Dans son ouvrage intitulé *Les Dix Commandements de l'avenir*, Paris/Montréal, Sand-Primeur, 1984, l'Américain John Naisbitt signale un changement au cours des dernières années dans la couverture accordée par les médias américains aux questions relatives à l'environnement: «Ce fut à peu près en 1973 que les deux préoccupations atteignirent leur point d'équilibre et que, pour la première fois, l'environnement commença de l'emporter sur les droits civiques» (à la p. 28).

Les sondages canadiens semblent indiquer que les citoyens sont très préoccupés par la protection de l'environnement: voir, par exemple, R. Plaskin, «Protecting Canada's Environment More Crucial Than Jobs, Poll Says», *The [Toronto] Globe and Mail* (19 nov. 1986). L'auteur révèle les résultats d'un sondage effectué par la société Decima Research Ltd. selon lequel, en juin 1986, 69 % des Canadiens étaient disposés à appuyer des mesures pour protéger l'environnement, même si celles-ci avaient des répercussions sur l'emploi. Le directeur technique de l'Association pétrolière du Canada aurait déclaré que les Canadiens sont devenus si préoccupés par leur environnement que l'industrie pétrolière ne peut plus ignorer les écologistes sous prétexte qu'il s'agit d'une bande de fanatiques. [TRADUCTION] «Les hippies et les naturistes qu'on avait l'habitude d'écarter avec mépris de façon sommaire font un retour en force, vêtus d'un complet-veston.» «Conservationists gaining respect, oil industry says», *The [Toronto] Globe and Mail* (26 juin 1986).

7. Voir, de façon générale, R. Franson et A. Lucas, éd., *Canadian Environmental Law*, Toronto, Butterworths (révision permanente). Citons à titre d'exemples de lois fédérales clés, la *Loi sur les pêcheries*, art. 31 à 33.4, et ses règlements d'application (notamment le *Règlement sur les effluents des fabriques de pâtes et papiers*, et le *Règlement sur le mercure des effluents de fabriques de chlore*), la *Loi sur la lutte contre la pollution atmosphérique*, la *Loi sur les contaminants de l'environnement*.

Du côté des provinces, citons au Québec la *Loi sur la qualité de l'environnement* et ses règlements d'application (notamment le *Règlement sur les effluents liquides des raffineries de pétrole*, le *Règlement sur les fabriques de pâtes et papiers*, et le *Règlement sur les déchets solides*. Voir aussi, *infra*, notes 48 à 61. Signalons également certaines dispositions législatives habilitant les municipalités à réglementer la pollution: la *Loi sur les municipalités* ontarienne, par. 354(1) et l'article 932 du *Municipal Act* de la Colombie-Britannique.

canadiens qui consacrent toute leur carrière à ce domaine⁸. Les groupes de défense de l'environnement se sont multipliés au Canada⁹, réclamant des mesures de protection de plus en plus rigoureuses.

Si la préoccupation de l'environnement demeure un thème constant pendant les années soixante, soixante-dix et quatre-vingt, les attitudes, les problèmes et la façon de les aborder ont néanmoins subi une évolution. Initialement, on s'est employé surtout à provoquer la prise de conscience publique et politique : les gouvernements fédéral et provinciaux ont réagi par l'adoption de la première réglementation de lutte contre la pollution¹⁰. Puis, à mesure que l'Administration, l'industrie et le public se familiarisaient avec les nouveaux textes législatifs et que d'autres problèmes surgissaient, la nécessité de légiférer est devenue moins pressante, et l'on en est venu à se soucier davantage des moyens de mise en application de la loi¹¹, ainsi que de l'amélioration des textes législatifs existants et des mécanismes qui en assurent la mise en œuvre.

Le présent document sera donc consacré à la mise en œuvre de la législation antipollution. Plus qu'un simple exposé des dispositions législatives, il vise à montrer comment les pratiques administratives, l'interprétation judiciaire et le contexte politique,

8. Voir, par exemple, les annonces insérées par des avocats spécialisés dans la protection de l'environnement dans la revue *Canadian Environmental Law Reports*, vol. 14, n° 2, avril 1985.

9. Signalons notamment la S.P.E.C. (Society for the Promotion of Environmental Conservation), la West Coast Environmental Law Association, la Operation Clean (Niagara), la Société pour vaincre la pollution, le Conseil de conservation du Nouveau-Brunswick, Les Amis de la terre et la Fraser River Coalition. Le Réseau canadien de l'environnement compte plus de 1 400 groupes parmi ses membres. Ian Smythe, directeur technique de l'Association pétrolière du Canada, est d'avis qu'il existe environ 160 groupes de défense de l'environnement dans l'Ouest canadien seulement : [TRADUCTION] «Certains groupes ont une taille très réduite et défendent une cause particulière, d'autres sont importants et leurs préoccupations sont très diverses», voir «Conservationists gaining respect, oil industry says», *supra*, note 6.

10. Par exemple, les premières modifications d'importance à la *Loi sur les pêcheries* fédérale en matière de pollution ont été apportées en 1960-61 et en 1970 (elles ont depuis été supplantées par celles de 1976-77). Pour un examen de l'évolution de la législation provinciale, voir *infra*, notes 47 à 62.

11. Voir A. Schnaiberg, «The Retreat from Political to Technical Environmentalism» dans A. Brannigan et S. Goldenberg, éd., *Social Responses to Technological Change*, Westport (Conn.), Greenwood Press, 1985, 19, en particulier aux pp. 23-24. Cet auteur américain parle d'une réorientation des efforts politiques de conscientisation de la fin des années soixante (dont le point culminant a été l'adoption d'un texte législatif), qui a débouché sur un débat concernant les coûts de la protection de l'environnement (un débat à caractère beaucoup plus technique). À notre avis, ce que Schnaiberg qualifie de mouvement vers une protection technique de l'environnement coïncide à peu près avec la nouvelle préoccupation de la mise en œuvre dont nous faisons état ici. Cette mise en œuvre de la législation de la protection de l'environnement est forcément très technique puisque les administrateurs tentent de mettre en œuvre de larges politiques législatives.

économique et social plus large décident de l'application «effective» de la loi¹². Avec le temps, nous comprenons beaucoup mieux le processus de lutte contre la pollution, ce qui nous permet de nous faire une idée plus juste qu'avant des points forts et des limites des instruments, acteurs et institutions concernés. Un bilan de la situation est présenté en guise de préface à des propositions de réforme du droit.

Au Canada, les gouvernements ont tenté de juguler la pollution au moyen de deux méthodes principales : les mesures répressives ou coercitives (règles obligatoires assorties de sanctions) et les mesures incitatives (persuasives). Jusqu'ici, les autorités se sont beaucoup servies des mesures répressives, surtout du modèle dit réglementaire¹³, qui consiste en une incrimination interdisant purement et simplement tout rejet nocif, sauf à respecter les modalités précisées dans un accord¹⁴ (c'est-à-dire, un permis, une licence, un programme de dépollution, un certificat d'autorisation, un arrêté d'intervention, une autorisation de programme, etc.) ou dans des normes préétablies par le législateur¹⁵. Parmi les prescriptions de nature coercitive qu'on pourrait utiliser pour lutter contre la pollution, signalons les infractions pénales, auxquelles on a

12. Le thème de l'application «effective» de la loi et le contenu du présent document s'inspirent dans une large mesure de Webb, *supra*, note 3; K. Webb, «Environmental Law and its Enforcement — Comment» dans P. Finkle et A. Lucas, éd., *Environmental Law in the 1980s: A New Beginning*, Calgary, Canadian Institute of Resources Law, 1982, 197; Commission de réforme du droit du Canada [ci-après CRDC] *Droit, objectifs publics et observation des normes* (Document de travail n° 51), Ottawa, CRDC, 1986; K. Webb, «Between the Rocks and Hard Places: Bureaucrats, the Law and Pollution Control» (1987) 14:2 *Alternatives*. Voir également A.R. Thompson, *supra*, note 1; R. Gibson, *Control Orders and Industrial Pollution Abatement in Ontario*, Toronto, Canadian Environmental Law Research Foundation, 1983; M. Rankin et P. Finkle, «The Enforcement of Environmental Law: Taking the Environment Seriously» (1983) 17 U.B.C. L. Rev. 35.

13. Une définition stricte de l'adjectif «réglementaire» qui le limite aux règles établies par le gouvernement et assorties de peines, dont l'objet est de modifier le comportement économique a été adoptée par de nombreux auteurs : voir, par exemple, W.T. Stanbury et G. Lerner, «Regulation and the Redistribution of Income and Wealth» (1983) 26 Admin. Pub. Can. 378 à la p. 380, et Conseil économique du Canada, *Rationalisation de la réglementation publique*, Ottawa, Approvisionnement et Services Canada, 1979 à la p. 50. D'autres ont proposé une définition plus large, incluant des mesures moins visibles et moins directes ainsi que des initiatives non coercitives : voir, par exemple, R. Macdonald, «L'intervention réglementaire par la réglementation» dans I. Bernier et A. Lajoie, éd., *Les règlements, les sociétés d'État et les tribunaux administratifs* (Étude présentée à la Commission royale sur l'union économique et les perspectives de développement du Canada), Ottawa, Approvisionnement et Services Canada, 1986, 89 aux pp. 90-113. Dans le présent document, le terme «réglementation» est utilisé suivant la définition étroite de Stanbury.

14. Le mot «accord» paraît mal à propos car, en dernière analyse, l'État a le pouvoir d'imposer unilatéralement au pollueur les conditions qu'il estime utiles ou de lui refuser la permission d'effectuer tout rejet. Toutefois, le mot «accord» rend bien l'idée des efforts qui sont faits, habituellement, en vue d'un consensus sur les conditions auxquelles sera soumis le rejet nocif.

15. Voir, par exemple, la *Loi sur les pêcheries*, par. 33(2); les articles 5 à 17 de la *Loi sur la protection de l'environnement* ontarienne; l'article 3 du *Waste Management Act* de la Colombie-Britannique; la section IV de la *Loi sur la qualité de l'environnement* québécoise; les articles 3, 4 et 6 du *Air Pollution Control Regulations* de la Saskatchewan.

toutefois rarement recours¹⁶. Les gouvernements ont également élaboré certains moyens de persuasion, non coercitifs, pour compléter la réglementation, notamment des programmes d'encouragement et d'incitation¹⁷. Comme la réglementation est le principal moyen de lutte contre la pollution mis en œuvre par le gouvernement, elle constitue le thème principal du présent document, bien que la question des mesures incitatives soit abordée brièvement.

Deux remarques s'imposent à propos de l'objet et de la portée de l'analyse présentée ici. En premier lieu, l'accent est résolument mis sur le régime fédéral, auquel a été consacrée la majeure partie des recherches que l'auteur a effectuées par le passé. Toutefois, nous avons tenté dans toute la mesure du possible de fournir des exemples de l'action des provinces en la matière. La première version du document a été soumise à un grand nombre de personnes travaillant au sein des administrations provinciales¹⁸, ou connaissant bien le domaine, afin de vérifier l'exactitude des observations qui y sont faites. En second lieu, l'accent est mis sur la lutte contre les *émissions industrielles*. Autrement dit, le débat porte surtout sur les pollutions engendrées par un procédé de fabrication ou le raffinage de quelque matière ou substance. Bien qu'il existe d'autres domaines importants de la lutte antipollution (par exemple, la réglementation de la mise au point, de la production, de l'utilisation, du transport et de l'élimination des substances dangereuses et toxiques), la limitation des émissions continue d'être le fer de lance de la protection de l'environnement, et ces champs d'activité ne sont abordés que de façon incidente dans le présent document. S'agissant de produits très toxiques, l'émission dans l'environnement de la plus petite concentration peut s'avérer extrêmement dangereuse, de sorte que seule la prévention rigoureuse peut constituer un véritable moyen de lutte antipollution¹⁹. Il y a beaucoup de chevauchement entre les dispositions visant la limitation des émissions et celle des substances toxiques ou dangereuses, et il reste encore à effectuer une étude d'ensemble sur les différents régimes législatifs et stratégies de mise en œuvre qui ont commencé à se faire jour pour réglementer, dans le contexte canadien, la mise au point, la production, l'utilisation, le transport et l'élimination des polluants dangereux et toxiques²⁰. Le présent document se borne à mettre en évidence la nécessité d'une telle étude.

16. Trois infractions actuellement prévues par le *Code criminel* pourraient être employées pour réprimer les dégradations de l'environnement. Il s'agit de la négligence criminelle (par. 202(1)), de la nuisance publique (par. 176(2)) et du méfait (art. 387). Au sujet de l'application de ces dispositions en matière de protection de l'environnement, voir *infra*, pp. 82-84; voir aussi P. Good, «Anti-Pollution Legislation and its Enforcement: An Empirical Study» (1971) 6 U.B.C. L.Rev. 271; H. Glasbeek, «Why Corporate Deviance is Not Treated as a Crime — The Need to Make «Profits» a Dirty Word» (1984) 22 Osgoode Hall L.J. 393, ainsi que H. Glasbeek et S. Rowland, «Are Injuring and Killing at Work Crimes?» (1979) 17 Osgoode Hall L.J. 506.

17. Voir la discussion à ce sujet, *infra*, pp. 70-72. Pour une étude plus complète des mesures incitatives et des techniques de persuasion employées pour réprimer la pollution industrielle, voir Webb, *supra*, note 3 aux pp. 508-612.

18. Voir l'annexe A.

19. L'auteur est redevable à Peter Dauphinee, Services juridiques, Environnement Canada, de cet exposé du problème concernant les produits toxiques et les polluants émis dans l'environnement.

20. À notre connaissance, les ouvrages suivants ont été publiés sur cette question : J. Castrilli, «Control of Toxic Chemicals in Canada: An Analysis of Law and Policy» (1982) 20 Osgoode Hall L.J. 322; D. Estrin, *Handle With Caution*, Toronto, Carswell, 1986.

Le premier chapitre est consacré à un bref historique de l'évolution de l'approche choisie par le législateur en matière de lutte antipollution. Ce mouvement, amorcé vers les années cinquante, aboutira au remplacement d'un régime fondé pour l'essentiel sur une série d'interdictions absolues par le régime réglementaire de lutte antipollution que l'on connaît bien aujourd'hui. Les raisons de ce changement d'orientation et ses effets sont examinés.

La pratique est souvent bien différente de la théorie lorsqu'il s'agit du fonctionnement du régime réglementaire. À la lecture des textes législatifs, la lutte antipollution paraît simple, presque mécanique (attribution de permis, détection des manquements, poursuite ou suspension des permis). En pratique, les administrateurs négocient avec les pollueurs l'observation progressive de la loi, et ils n'appliquent que rarement les sanctions officielles²¹.

Cet écart entre les textes et la réalité est source de problèmes pour l'Administration, l'industrie, les tribunaux et le public. Le deuxième chapitre traite des causes possibles de ce phénomène et des solutions à envisager. Nous examinerons deux préjugés très répandus sur l'encadrement juridique de la lutte antipollution, pour ensuite faire ressortir la véritable nature du processus de mise en application de la loi. Nous nous proposons d'expliquer pourquoi le contexte de la lutte contre la pollution se prête si mal à l'approche policière de l'application de la loi, et pourquoi l'inapplication d'une loi ne tient pas toujours à son insuffisance.

Certains problèmes suscités par la législation actuelle sont ensuite examinés, notamment la tendance des rédacteurs de lois à utiliser un langage mal adapté aux réalités opérationnelles et à les assortir de sanctions à la fois trop rigides, radicales, formelles et coûteuses pour être appliquées au jour le jour. Nous verrons également si, comme on s'en plaint souvent, les peines actuelles sont trop légères.

Nous examinerons ensuite le rôle joué par les tribunaux dans la lutte contre la pollution et les difficultés auxquelles ils font face : définition de l'infraction de pollution, administration de la preuve et détermination des peines. Suit une analyse des décisions judiciaires portant sur l'équité du processus de lutte antipollution. Nous croyons que si les autorités se sont abstenues de recourir aux tribunaux comme le fait la police pour mettre en œuvre la loi pénale, c'est en raison des difficultés que ceux-ci ont éprouvées devant une définition de la pollution qui est à la fois trop empirique et trop fluide sur les plans scientifique et technique, d'une part, et devant le caractère évolutif de la lutte antipollution.

Si les lacunes de la législation et du processus judiciaire sont en partie responsables du fossé entre la théorie et la pratique, la répression de la pollution soulève aussi de nombreux problèmes d'origine politique, économique, administrative et sociale. Nous verrons plusieurs de ces facteurs étrangers au droit qui creusent encore davantage ce

21. Voir *supra*, note 12, pour d'autres ouvrages sur ce sujet. Comme le mot « accord », le mot « négociation » n'est pas tout à fait approprié, car en dernière analyse, l'Administration a le pouvoir d'imposer unilatéralement au pollueur les conditions qu'elle estime utiles ou de refuser à ce dernier la permission d'effectuer tout rejet nocif. Par contre, le terme « négociation » rend bien l'idée qu'on en arrive souvent à un compromis dans l'élaboration des conditions.

fossé, notamment les lacunes liées au processus politique, les préjugés du gouvernement en faveur du développement et les tendances naturelles des fonctionnaires qui peuvent gêner une mise en application efficace.

La lutte contre la pollution est un processus dynamique, qui évolue constamment à mesure que de nouveaux problèmes se posent et que différentes solutions sont envisagées. Dans cette optique, nous avons, au chapitre trois, dégagé puis analysé certaines tendances : la participation sans cesse croissante du public, l'évolution de certains gouvernements vers une mise en application plus stricte, le changement d'attitude perçu dans l'industrie, les améliorations apportées aux textes législatifs et la reconnaissance de plus en plus répandue de l'utilité des mesures incitatives pour aider à réduire la pollution lorsque les pollueurs sont insensibles aux mesures coercitives.

Ces tendances révèlent le jugement plus sûr des parties intéressées à la répression de la pollution. Dans ce contexte, la proposition faite par la Commission de réforme du droit du Canada de créer un nouveau crime contre l'environnement est examinée au chapitre quatre²². Si cette proposition est séduisante à première vue, il n'est guère probable qu'elle renforce la protection de l'environnement dans une perspective de réglementation. Nous verrons les problèmes de mise en application que pourrait poser cette proposition. Dans les dernières parties du document, nous ferons brièvement le point sur la lutte contre la pollution, nous présenterons ensuite les points forts et les limites des acteurs, instruments et institutions concernés, et nous formulerons quelques propositions de réforme.

Dans son ensemble, la présente analyse nous amène à reconnaître que des éléments importants du cadre juridique nécessaire à une répression efficace de la pollution sont déjà en place. Nous avons considérablement enrichi nos connaissances sur la pollution et sa réglementation. Nous disposons maintenant, pour protéger l'environnement, de tout un arsenal juridique : textes d'incrimination, arrêtés d'intervention, assurances, études environnementales et stimulants. Les tribunaux ont commencé à faire un usage novateur des pouvoirs dont ils sont investis en matière de détermination de la peine. D'autre part, l'industrie semble enfin admettre que la lutte contre la pollution n'est pas un engouement passager. L'expérience aidant, les groupes de défense de l'environnement s'expriment davantage et participent plus activement au processus de lutte.

Il n'est pas trop tôt pour s'attaquer à la pollution car les problèmes d'aujourd'hui et de demain s'annoncent encore plus complexes que ceux d'hier. La protection de l'environnement est une cible mouvante : la première génération de difficultés

22. Voir CRDC, *Les crimes contre l'environnement* (Document de travail n° 44), Ottawa, CRDC, 1985; *Pour une nouvelle codification du droit pénal — Édition révisée et augmentée du rapport n° 30* (Rapport n° 31), Ottawa, CRDC, 1988.

réglées, de nouveaux problèmes encore plus épineux surgissent²³. Les problèmes de pollution classiques comme les matières en suspension et la charge en demande biochimique d'oxygène ne sont plus au premier plan de l'actualité, car d'autres polluants plus sophistiqués (et meurtriers) tels la dioxine et les BPC (biphényles polychlorés) retiennent l'attention²⁴. Nous arrivons beaucoup plus facilement à détecter la présence de polluants, mais il n'est pas toujours facile d'apprécier le danger que représente une concentration de polluants exprimée en parties par milliard et en parties par billion²⁵.

Du reste, malgré les progrès réalisés dans certains domaines, des questions fondamentales et embarrassantes demeurent sans réponse. Citons le malaise qu'éprouvent les tribunaux, le législateur et l'Administration devant l'incertitude scientifique, économique et technique, ainsi que la position ambivalente du gouvernement qui favorise à la fois le développement et la conservation.

La répression de la pollution au Canada a évolué au cours des deux dernières décennies. La sagesse qui vient avec l'expérience a remplacé la candeur des premières années. Le présent document se veut une synthèse des connaissances acquises dans l'espoir qu'elles pourront être mises à profit pour rendre la lutte contre la pollution aussi équitable et efficace que possible.

23. R. Gibson, *supra*, note 12 à la p. 110 souligne ce qui suit :

[TRADUCTION]

[...] la réduction des émissions de plomb et les lectures au point d'impact n'ont pas mis fin aux préoccupations locales. Elles ont plutôt centré le débat sur des questions comme celles des charges cumulatives, de l'existence d'un seuil de danger et du degré et de la nature exacte des risques liés à un ensemble complexe de variables (âge, niveau d'exposition, inhalation par rapport à ingestion, etc.). De même, la réduction des émissions de dioxyde de soufre et des fréquences d'enfumage au voisinage d'une source ont suscité des inquiétudes sur la valeur des stratégies de dilution et de dispersion et sur l'effet cumulatif synergique, à plus longue distance, de ces émissions conjuguées avec les émissions d'autres sources.

24. Voir, par exemple, C. Van Strum et P. Merrell, *No Margin of Safety: A Preliminary Report on Dioxin Pollution and the Need for Emergency Action in the Pulp and Paper Industry*, Washington, D.C., Greenpeace, 1987.

25. Voir, par exemple, *Cape Breton Landowners v. Stora Kopparbergs Bergslags Aktiebolag* (1982), 11 C.E.L.R. 141 (C.S. N.-É. Div. première inst.) et la discussion relative aux dommages dans J. Castrilli et T. Vigod, *Les pesticides au Canada : étude de la législation et de la politique fédérales* (Document d'étude), Ottawa, CRDC, 1987 aux pp. 17-24.

CHAPITRE UN

L'avènement de la réglementation antipollution

Au Canada, le Parlement et les législatures provinciales sont également habiles, sur différentes bases constitutionnelles, à légiférer en matière de lutte contre la pollution²⁶. Depuis la Confédération, la législation du fédéral et des provinces comporte toujours un minimum de prescriptions de nature coercitive qui peuvent servir à protéger l'environnement²⁷. Le plus souvent, c'était par la voie d'une interdiction générale que cette première législation s'attaquait au problème de la pollution. Le paragraphe 14(2) de l'*Acte des Pêcheries* de 1868, par exemple, disposait ce qui suit : «On ne jettera ni ne laissera passer ou séjourner de chaux, de substances chimiques, de drogues, [...] ou d'autres substances délétères dans les eaux fréquentées par [...] le poisson, sous peine d'une amende n'excédant pas cent piastres [...]» Si ces textes d'incrimination, formulés de manière extrêmement générale, témoignaient de la préoccupation du législateur pour la pollution, ils n'en étaient pas moins irrémédiablement simplistes et n'étaient appliqués que sporadiquement²⁸.

Pendant les années cinquante, la situation a toutefois commencé à changer. La société s'intéressant de plus en plus aux problèmes suscités par la pollution, les autorités législatives se sont mises à repenser les textes d'incrimination et à compléter les interdictions générales au moyen de régimes de réglementation plus réalistes. Certaines autorités législatives ont alors adopté de nouvelles lois presque entièrement

26. Cette question est en réalité beaucoup plus complexe; pour une étude plus globale, voir P. Emond, «The Case for a Greater Federal Role in the Environmental Protection Field: An Examination of the Pollution Problem and the Constitution» (1972) 10 Osgoode Hall L.J. 647; D. Gibson, «Constitutional Jurisdiction over Environmental Management in Canada» (1973) 23 U.T.L.J. 54.

27. Au niveau fédéral, l'*Acte des Pêcheries* de 1868 (le titre intégral étant *Acte pour réglementer la pêche et protéger les pêcheries*), comportait des infractions prohibant le versement de substances nuisibles dans l'eau (art. 14). Au niveau provincial, le *Public Health Act, 1884* de l'Ontario, réprimait le dépôt de déchets, d'excréments, de fumier ou d'ordures, sauf s'il avait été autorisé par les agents de la santé publique de la province (par. 69(1), annexe A); au Manitoba, le *Sanitary Act* de 1871, interdisait le dépôt de [TRADUCTION] «tout fumier ou matière excrémentielle, ou de tout autre débris ou immondices de tout genre, le long d'une rivière ou d'un ruisseau» (art. 1). Le texte législatif comportait également une interdiction libellée de façon similaire et visant les déversements dans les rivières et les ruisseaux (art. 2). Quant à la Colombie-Britannique, voir A. Lucas, «Water Pollution Control Law in British Columbia» (1969) 4 U.B.C. L.Rev. 56. Voir aussi la doctrine citée *supra*, note 4.

28. Voir, par exemple, J.P.S. McLaren, «The Tribulations of Antoine Ratté: A Case Study of the Environmental Regulation of the Canadian Lumbering Industry in the Nineteenth Century» (1984) 33 R.D. U.N.-B. 203.

consacrées à la réglementation de la pollution, comme le *Pollution-control Act* de 1956 de la Colombie-Britannique. D'autres ont opté pour la réforme de la législation existante. Ainsi, le paragraphe 14(2) de l'*Acte des Pêcheries* de 1868 est demeuré pratiquement inchangé jusqu'à ce qu'il subisse, à compter de 1960, une série de modifications²⁹. L'interdiction initiale a pris la forme d'une incrimination véritable (désormais au paragraphe 33(2)) : elle constitue la pierre angulaire d'un régime complexe visant à maîtriser la pollution des eaux.

Le paragraphe 33(2) actuel réprime le rejet de substances délétères pour le poisson, *sauf* s'il s'agit d'une substance dont le rejet est autorisé dans les règlements applicables et que sont respectées les modalités y stipulées, notamment les quantités maximales et les degrés de concentration³⁰. Des règlements visant à limiter les émissions et fixant des normes relatives aux concentrations admissibles d'effluents ont été promulgués pour plusieurs secteurs industriels, tels les fabriques de pâtes et papiers³¹, les mines³² et les industries pétrolières³³. Les peines prévues par le paragraphe 33(2) modifié sont devenues plus sévères. En 1960-1961, l'amende maximale est de deux mille dollars, et une peine d'emprisonnement d'un an peut s'y ajouter³⁴. L'amende passe à cinq mille dollars³⁵ en 1970 et à cinquante mille dollars³⁶ en 1977. En plus de pouvoir imposer des peines pécuniaires dont le montant est beaucoup plus élevé, les tribunaux peuvent désormais ordonner aux pollueurs de prendre des mesures correctrices et de s'abstenir de contrevenir de nouveau à la loi³⁷. D'autres modifications viennent simplifier la preuve en matière de substances délétères³⁸.

Pour mettre à effet ces dispositions réglementaires, les administrateurs avaient été habilités à ordonner la modification ou la fermeture de l'installation polluante³⁹, en plus de pouvoir exiger la communication de tout projet comportant une activité susceptible

29. Pour une analyse plus globale de l'historique du paragraphe 14(2), voir Webb, *supra*, note 3 aux pp. 71-73.

30. *Loi sur les pêcheries*, par. 33(4).

31. *Règlement sur les effluents des fabriques de pâtes et papiers*.

32. *Règlement sur les effluents liquides des mines de métaux*.

33. Par exemple, le *Règlement sur les effluents des raffineries de pétrole*, et le *Règlement sur les effluents de l'industrie de la viande et de la volaille*.

34. *Loi sur les pêcheries* de 1960-61, art. 4. La peine maximale pour une première infraction était une amende de 1 000 \$ ou un emprisonnement de 6 mois, ou les deux peines à la fois. La récidive était punie par une amende de 2 000 \$ ou un emprisonnement d'un an (ou les deux peines à la fois).

35. *Loi sur les pêcheries* de 1970, par. 3(2).

36. *Loi sur les pêcheries* de 1976-77, par. 7(1). La peine maximale pour une première infraction est une amende de 50 000 \$. Celle-ci est portée à 100 000 \$ en cas de récidive.

37. *Ibid.*, par. 7(2). La version antérieure de cette disposition, *supra*, note 35, habilitait les tribunaux à ordonner aux pollueurs de s'abstenir de commettre d'autres infractions, mais elle ne leur accordait pas le pouvoir d'ordonner des mesures correctrices.

38. *Supra*, note 35 et note 36, art. 9.

39. *Loi sur les pêcheries* de 1976-77, art. 8.

de polluer⁴⁰. Les exploitants visés par la réglementation pouvaient être obligés de procéder à des essais, d'installer des appareils de contrôle et de faire rapport des résultats des contrôles⁴¹. Un groupe spécial d'inspecteurs chargés de la lutte contre la pollution avait été créé⁴². Dans les cas d'urgence, ces inspecteurs avaient le pouvoir de prendre ou d'ordonner que soient prises des mesures correctrices⁴³. Le cas échéant, les frais de dépollution engagés par le gouvernement fédéral étaient à la charge des pollueurs⁴⁴. Ces derniers étaient en outre civilement responsables des pertes commerciales subies par les pêcheurs et imputables à leurs activités polluantes⁴⁵.

Dès le milieu des années soixante-dix, pratiquement toutes les autorités législatives du Canada, tant fédérales que provinciales, avaient promulgué des régimes antipollution analogues à celui qui a été décrit ci-dessus relativement à l'*Acte des Pêcheries*. Par exemple, le Québec adopte en 1972 la *Loi de la qualité de l'environnement*⁴⁶ qui interdit le rejet dans l'environnement de contaminants au-delà de la quantité ou de la concentration prévue par règlement⁴⁷. Des certificats d'autorisation doivent être obtenus pour exercer une activité polluante⁴⁸. Des ordonnances peuvent être rendues pour faire cesser la pollution ou limiter le rejet des contaminants, et pour l'installation d'équipement⁴⁹. Lorsque le pollueur est déclaré coupable d'une infraction, le ministre de l'Environnement peut, aux frais du contrevenant, prendre des mesures correctrices⁵⁰. D'autre part, la *Loi sur l'assainissement de l'environnement*⁵¹ adoptée en 1973 par le Nouveau-Brunswick, ainsi que ses règlements d'application⁵², prohibent le rejet de polluants sans l'approbation du Ministre⁵³. Celui-ci est en outre autorisé à prendre des arrêtés d'intervention ou des arrêtés d'arrêt immédiat pour limiter, contrôler ou réduire

40. *Ibid.*, art. 8 (par. 33.1(1) actuel).

41. *Ibid.*, par. 7(4) (par. 33(14) actuel).

42. *Ibid.*, art. 9 (par. 33.2(2) actuel).

43. *Ibid.*, art. 9 (par. 33.2(6) actuel).

44. *Ibid.*, par. 7(3) (par. 33(10) actuel).

45. *Ibid.*, par. 7(3) (par. 33(10.1) actuel).

46. De nombreuses modifications ont été apportées à cette loi depuis sa promulgation.

47. *Loi de la qualité de l'environnement* de 1972, art. 20.

48. *Ibid.*, art. 22.

49. *Ibid.*, art. 25-27.

50. *Ibid.*, art. 115. Les modifications apportées ultérieurement à la Loi ont eu pour effet d'accroître les pouvoirs du Ministre en cas de refus ou d'omission d'une personne d'obéir à une ordonnance, en particulier en cas d'urgence.

51. De nombreuses modifications ont été apportées à cette loi depuis sa promulgation.

52. Par exemple, le *Règlement sur la qualité de l'air*, le *Règlement sur les émissions des fabriques de pâtes et papiers*, et le *Règlement sur la qualité de l'eau*.

53. Par exemple, voir l'art. 3 du *Règlement sur la qualité de l'air*, les arts. 3-5 du *Règlement sur les émissions des fabriques de pâtes et papiers*, et l'art. 3 du *Règlement sur la qualité de l'eau*.

la pollution⁵⁴. En Saskatchewan, en vertu du *Air Pollution Control Act*⁵⁵ et de ses règlements d'application⁵⁶, nul ne peut exploiter une entreprise industrielle qui émet des polluants atmosphériques sans avoir obtenu un permis⁵⁷. Le Ministre peut en plus prendre des ordonnances pour restreindre une activité polluante⁵⁸. D'autres provinces emploient des termes légèrement différents pour décrire leur réglementation antipollution, mais pour l'essentiel, les mécanismes sont les mêmes⁵⁹.

Ce remplacement des interdictions générales par des régimes de réglementation de la pollution repose sur un changement d'orientation fondamental à l'égard de la prévention de la pollution industrielle : l'abandon par l'État de prescriptions simplistes et difficiles à mettre en œuvre, au profit de restrictions à caractère plus pragmatique. Même s'il n'était pas sans créer lui-même des difficultés, ce mouvement annonçait la volonté des autorités de s'attaquer à la question de la protection de l'environnement au Canada. Ce changement d'attitude n'est jamais apparu plus clairement qu'au dépôt de l'important projet de loi modifiant les dispositions de la *Loi sur les pêcheries* sur la pollution; voici un extrait de la déclaration faite par le ministre fédéral des Pêcheries devant la Chambre des communes en 1970 :

Les articles en question [c'est-à-dire les interdictions générales alors en vigueur] étaient de caractère trop vague et trop général. [...] Ce dont nous avons vraiment besoin dans un projet de loi de ce genre n'est pas une interdiction formelle de ne rien jeter dans nos cours d'eau, mais une évaluation plus exacte de ce qui peut être jeté dans des eaux qui demeurent claires, propres, poissonneuses et saines pour nos citoyens. [...] en définissant dans les règlements le degré de concentration des divers produits chimiques qui peut ou non être toléré [...] nous aurons un instrument plus précis et plus utile qui facilitera l'application [...] de la loi [...] ⁶⁰

54. Voir les art. 5 et 6 de la *Loi sur la protection de l'environnement*.

55. Le *Air Pollution Control Act* de la Saskatchewan.

56. Voir le *Air Pollution Control Regulations*.

57. *Ibid.*, art. 3, 4, 6.

58. *Air Pollution Control Act*, par. 5(1).

59. Par exemple, la *Loi sur la protection de l'environnement* du Manitoba (adoptée en 1968) a été remplacée par la *Loi sur l'environnement*, L.M. 1987, chap. 26, chap. E125, CPLM. Les articles 2, 3 et 4 du texte de 1968 interdisaient respectivement la pollution de l'air, du sol et de l'eau, sauf conformément aux modalités d'un « permis ». L'art. 7 du *Pollution-Control Act* de 1956 de la Colombie-Britannique qui a été remplacé par le *Waste Management Act* instaure un régime de permis. Dans la *Loi sur la protection de l'environnement* de l'Ontario de 1971, le législateur a recours à des « arrêtés d'intervention », des « autorisations de programmes », etc. En Alberta, le *Clean Air Act* et le *Clean Water Act* adoptés en 1971, instaurent un régime de permis et d'arrêtés d'intervention et de suspension, et prévoient la prise de règlements fixant la réglementation des normes relatives aux concentrations admissibles d'effluents. Le *Environmental Protection Act* de l'Île-du-Prince-Édouard, interdit la pollution non approuvée (art. 9) et autorise le recours aux arrêtés ministériels (art. 6). Le *Department of Environment Act* de Terre-Neuve, qui a remplacé le *Department of Provincial Affairs and Environment Act*, 1973, ainsi que le *Water Resources and Pollution Control Act*, 1966-67, et le *Clean Air, Water and Soil Authority Act*, interdit la pollution sauf en conformité avec les dispositions réglementaires (art. 24) et autorise le Ministre à prendre des arrêtés (art. 27). Le *Environmental Protection Act* de la Nouvelle-Écosse, qui a remplacé le *Environmental Pollution Control Act*, et le *Environmental Protection Act*, interdit les rejets sans permis (par. 23(1)) et autorise le Ministre à prendre des arrêtés (art. 26).

60. Voir Canada, *Débats de la Chambre des communes* (20 avril 1970) à la p. 6089.

L'adoption d'un régime de réglementation «plus précis et plus utile», suppose, par définition, une intervention beaucoup plus active de la part de l'État que la simple interdiction utilisée quelques années plus tôt. Celui-ci doit en effet déterminer quelles seront les concentrations admissibles de polluants, quelles techniques de lutte contre la pollution pourront être utilisées, quelles charges financières les industries pourront supporter et ce que le public pourra tolérer. Un régime visant à réglementer la pollution est une approche beaucoup plus flexible que l'interdiction générale parce que des normes particulières peuvent être fixées pour chaque secteur de l'industrie⁶¹, une région donnée⁶², voire des installations individuelles⁶³.

Cependant, il y a un prix à payer : l'ingérence accrue de l'État dans les décisions des entreprises. Sur le plan pratique, l'abandon de l'interdiction générale au profit de la réglementation de la pollution a fait passer les décisions relatives à la prévention de la pollution à un autre niveau, plus discret et moins visible, celui de l'adoption des textes réglementaires et de la négociation des permis par l'Administration. Avec le temps et par suite des pressions constantes qu'exerce la société, certains aspects de ces procédures administratives occultes ont depuis été ouverts davantage au public⁶⁴; cependant, les progrès restent lents.

61. Par exemple, le règlement intitulé *Air Contaminants from Ferrous Foundries*, promulgué en vertu de la *Loi sur la protection de l'environnement* ontarienne.

62. Par exemple, *Shoreland Pollution Control Regulations*, 1976, pris en vertu du *Public Health Act*, de la Saskatchewan.

63. Par exemple, le *Règlement sur les rejets de stériles dans le bras Alice*, pris en application de la *Loi sur les pêcheries* fédérale. Les normes établies en application des licences, permis et arrêtés d'intervention fournissent les meilleurs exemples de normes individualisées.

64. Par exemple, voir les dispositions de la nouvelle *Loi sur l'environnement* (1987) du Manitoba, qui fait à l'Administration le devoir d'inviter le public à participer pour ainsi dire à toutes les étapes du processus de réglementation de la pollution. Pour plus de détails, voir *infra*, note 256.

CHAPITRE DEUX

La mise en œuvre

I. L'écart entre la théorie et la pratique

Dès le milieu des années soixante-dix, un cadre réglementaire assez vaste avait été créé pour la lutte antipollution. La promulgation de la *Loi sur les ressources en eau du Canada*, en 1970, a peut-être marqué le point culminant de l'indignation du législateur à l'égard de la pollution, comme le montre le début assez enflammé du préambule de la loi :

[...] la pollution des ressources en eau du Canada constitue, pour la santé, le bien-être et la prospérité de la population du Canada et pour la qualité du milieu canadien en général, une menace sérieuse qui s'accroît rapidement et qu'en conséquence il est devenu urgent, dans l'intérêt national, de prendre des mesures en vue de pourvoir à une gestion de la qualité des eaux dans les régions les plus sérieusement atteintes du Canada [...]

Et pourtant, malgré l'anathème que semble jeter la législation antipollution sur les contrevenants, l'Administration intervient en général de façon beaucoup plus discrète et moins antagoniste. En ce sens, la *Loi sur les ressources en eau du Canada* est un bon point de départ pour lancer la discussion sur la mise en œuvre des prescriptions de nature coercitive de la législation de protection de l'environnement. Il y a souvent un écart assez marqué entre l'action administrative *prévue* par la législation et l'action administrative *réelle*. Au Canada, certaines lois relatives à la prévention de la pollution demeurent en fait inappliquées (la *Loi sur les ressources en eau du Canada* en est un bon exemple; voir la discussion ci-dessous) ou ne sont pas mises en œuvre conformément à la lettre de la loi (par exemple, les dispositions sur la lutte antipollution de la *Loi sur les pêcheries*, qui sont décrites ci-dessous).

Présentée en 1970, la *Loi sur les ressources en eau du Canada* était à bien des égards un texte législatif marquant⁶⁵. Elle autorisait le gouvernement fédéral, notamment, à conclure des ententes fédérales-provinciales sur la gestion qualitative des eaux, à établir des «zones de gestion qualitative des eaux⁶⁶» au sein desquelles des organismes régionaux⁶⁷ pouvaient exiger le paiement de redevances par les utilisateurs

65. C'est ainsi que l'ont qualifié R. Franson et A. Lucas, *Canadian Environmental Law Commentary and Case Digests*, vol. 1, Toronto, Butterworths, 1978, par. 4.2.2.1.1 (révision permanente).

66. *Loi sur les ressources en eau du Canada*, art. 4, 8.

67. *Ibid.*, art. 9, 11.

des cours d'eau⁶⁸ ou poursuivre les personnes qui avaient rejeté des déchets sans autorisation⁶⁹. Dans le cas d'un cours d'eau relevant de plus d'une autorité législative, le gouvernement fédéral était autorisé à agir unilatéralement pour réglementer la qualité de l'eau⁷⁰. Cependant, en date de la dernière révision du présent document, aucune zone de gestion qualitative des eaux n'a été désignée, et aucun organisme régional n'a été formé.

Contrairement aux dispositions de la *Loi sur les ressources en eau du Canada*, bon nombre des prescriptions relatives à la lutte antipollution de la *Loi sur les pêcheries* ont été mises en application, bien que ce ne soit pas toujours avec la constance ni de la façon auxquelles on aurait pu s'attendre à la lecture du texte législatif. Les autorités fédérales n'appliquent qu'à l'occasion les sanctions officielles prévues par la loi. Elles préfèrent dans bien des cas, de concert avec les autorités provinciales, négocier avec les pollueurs des accords informels visant à assurer le respect de la loi. Les sanctions officielles deviennent en quelque sorte une solution de dernier recours⁷¹.

Ces disparités entre la loi et sa mise en application sont une source importante de difficultés pour l'Administration dans son ensemble, les administrateurs individuels et les juges, pour les pollueurs, actuels et éventuels, pour les victimes de la pollution et pour la société en général. En ce qui concerne l'Administration, l'inapplication des textes législatifs peut être perçue comme une sorte de nonchalance; les administrateurs et les juges doivent pour leur part concilier les règles prévues par la loi et les règles véritables, souvent non formulées, tout en apparaissant compétents et maîtres de la situation; les pollueurs, actuels et éventuels, les victimes de la pollution et la société, qui s'appuient sur les textes législatifs, s'aperçoivent que la pratique administrative s'en éloigne considérablement.

II. Analyse

A. Préjugés au sujet de la lutte contre la pollution

En vue d'écarter toute notion préconçue susceptible de gêner l'analyse de l'écart entre la loi et sa mise en œuvre, deux préjugés fort répandus sur la pollution et sa répression par la loi sont examinés ci-dessous.

68. *Ibid.*, sous-al. 13(1)c)(iv).

69. *Ibid.*, art. 8.

70. *Ibid.*, art. 9, 11.

71. Voir, de manière générale, Webb, *supra*, note 3 aux pp. 52-429.

Premier préjugé

L'administration de la législation de réglementation de la pollution est analogue à la mise en application de la loi pénale. Par conséquent, les fonctionnaires chargés de la protection de l'environnement consacrent la plupart de leur temps à des activités de police traditionnelles comme la détection des contraventions, la collecte des éléments de preuve, l'engagement des poursuites et la suspension des permis.

Rétablissement des faits

Bien que la surveillance, la détection des contraventions et l'imposition de sanctions fassent partie de leurs attributions, les fonctionnaires chargés de la protection de l'environnement doivent aussi accomplir d'autres tâches : signaler aux propriétaires d'entreprises l'apparition d'une nouvelle technique antipollution, expliquer comment les dépenses engagées pour lutter contre la pollution peuvent être admissibles aux fins d'une déduction fiscale ou d'une subvention, ou négocier un accord visant à assurer le respect de la réglementation⁷². La fausseté de la conception précitée du rôle de l'Administration dans la lutte antipollution tient à un point fondamental : les activités polluantes peuvent rarement être qualifiées de comportements criminels. C'est pourquoi les techniques d'application de la loi pénale ont peu d'application dans le contexte de la réglementation antipollution⁷³.

De façon générale, les actes de pollution se répartissent en deux catégories principales : la pollution délibérée et la pollution accidentelle⁷⁴. La plupart des faits de

72. Pour une analyse sommaire de l'activité des fonctionnaires fédéraux, voir CRRDC, *supra*, note 12 aux pp. 42-55, 68-79; pour une description de l'activité provinciale, voir Gibson, *supra*, note 12 aux pp. 134-135 et Thompson, *supra*, note 1. L'importance des négociations varie suivant les régions, le type de permission en jeu et le rang hiérarchique du fonctionnaire.

73. Thompson, *supra*, note 1 aux pp. 2-3, fait le commentaire suivant :

[TRADUCTION]

L'une des conclusions principales de cette étude d'ensemble est que le rôle de l'Administration en matière de protection de l'environnement peut être examiné de façon plus efficace, et de meilleures solutions peuvent être apportées aux problèmes qui se posent, si l'Administration est reconnue à la fois comme un gestionnaire et une autorité réglementante, en particulier lorsqu'il s'agit des ressources naturelles publiques. [...] À titre d'autorité réglementante, l'Administration agit par réaction, adoptant une attitude similaire à celle du policier qui est tributaire des normes et des règles établies dans la législation et des peines dont elles sont assorties en vue d'atteindre les objectifs de protection de l'environnement. Par contraste, lorsque l'Administration agit à titre de gestionnaire, elle est perçue par le secteur privé comme une associée dont la responsabilité consiste à veiller à ce que l'on tienne compte des divers intérêts du public dans la planification et la gestion de l'exploitation des ressources naturelles.

74. L'emploi du mot «délibérée» pour qualifier la pollution fait entrer en jeu la notion d'élément moral et les notions connexes de négligence criminelle et de témérité criminelle. La pollution est «accidentelle» si elle n'est pas accompagnée d'intention criminelle, de négligence ou de témérité criminelle.

pollution peuvent être qualifiés d'accidents plutôt que d'actes nuisibles délibérés⁷⁵. Ainsi, le déversement accidentel est d'ordinaire un fait relativement isolé et distinct, attribuable à un manque de diligence de la part des employés d'une entreprise. Ceux-ci pourront, par exemple, avoir actionné la mauvaise valve, raccordé ou coupé les mauvaises conduites ou ne pas avoir suivi la marche à suivre prescrite. Une panne imprévue (par exemple, le débordement d'un bassin de traitement provoqué par des pluies exceptionnellement abondantes) peut aussi être à l'origine du déversement. Dans le cas d'émissions polluantes continues, par contre, il peut être difficile de les imputer à une activité distincte ou à une défectuosité du matériel, susceptibles d'être interrompues ou corrigées. Au contraire, le problème peut dater de plusieurs années et avoir été toléré par les autorités⁷⁶, car la résolution de ce genre de problèmes nécessite habituellement des changements coûteux et à long terme sur le plan du matériel et de la conception.

Dans le cadre de la mise en application traditionnelle de la loi pénale, les rapports entre la police et les suspects ont d'ordinaire pour point de départ l'intervention de la police à la suite d'une plainte ou d'un appel à l'aide, et, peu de temps après, la décision d'arrêter ou non le présumé criminel y met fin. Certes, le policier qui fait sa ronde pourra bien se livrer à un certain dialogue avec des personnes dont il juge le comportement suspect⁷⁷. En règle générale, pourtant, ces rapports restent brefs, car le plus souvent, le comportement reproché aura cessé dès que la police arrive sur les lieux. D'habitude, l'intervention de la police a pour objet des incidents isolés.

Comme bon nombre des problèmes de pollution ne peuvent être résolus du jour au lendemain, il est souvent inévitable que des relations suivies, tenant de la négociation, s'établissent entre les fonctionnaires et les administrés. D'ordinaire, les fonctionnaires ne recourent pas aux sanctions officielles si le pollueur accepte de mettre en œuvre un programme d'amélioration et d'assainissement qui permettra de supprimer le déversement nocif. Sans doute serait-il plus aisé pour les avocats et les fonctionnaires d'appliquer, en matière de lutte antipollution, une méthode autoritaire leur permettant de tenir les pollueurs à distance. Pourtant, il peut s'avérer nécessaire d'établir des rapports plus étroits, de faire naître un climat de collaboration entre les parties :

75. Voir J. Swaigen et G. Bunt, *La détermination de la peine en droit de l'environnement* (Document d'étude), Ottawa, CRDC, 1985 à la p. 53 :

La plupart du temps [lorsque l'affaire est portée devant les tribunaux], il s'agit d'une fuite accidentelle d'une petite quantité de substances peu dangereuses, qui peut être nettoyée rapidement et qui, à toutes fins utiles, n'a causé qu'un préjudice mineur à l'environnement ou à la santé humaine.

À long terme, cependant, l'effet cumulatif synergique de rejets de peu d'importance peut être grave.

76. Un bon exemple de la tolérance officielle du législateur est le cas de la fabrique de pâtes et papiers KVP en Ontario, dont il est question dans P.D. Emond, «La politique et le droit de l'environnement : un examen de l'expérience canadienne», dans I. Bernier et A. Lajoie, éd., *La protection des consommateurs, le droit de l'environnement et le pouvoir des sociétés*, Ottawa, Approvisionnement et Services Canada, 1986, 105 aux pp. 150-165. Pour des exemples de tolérance sur le plan administratif, voir le compte rendu des négociations menées avec la papeterie de Irving, Saint John, et Crown Zellerbach, dans Webb, *supra*, note 3 aux pp. 188-191 et 377-393.

77. Voir R. Ericson, *Reproducing Order: A Study of Police Patrol Work*, Toronto, University of Toronto Press, 1982 aux pp. 62-63.

[TRADUCTION]

Bien que le Ministère préfère résoudre le problème de la pollution industrielle en fixant l'étendue de l'assainissement exigé et en laissant à l'entreprise le soin de décider quelles méthodes seront mises en œuvre pour y arriver, la nécessité, compte tenu des droits d'appel, de déterminer des objectifs pour l'observation de la loi dont le caractère raisonnable puisse être démontré, force les fonctionnaires du Ministère soit à se mettre au fait des possibilités de la technologie, soit à accepter aveuglément la décision de l'entreprise à ce sujet⁷⁸.

La résolution des problèmes de pollution est souvent une tâche extrêmement ardue, étant donné les incertitudes d'ordre technique, scientifique et économique qui entourent le choix d'une méthode de réduction des émissions polluantes, et le contexte socio-politique plus large de ce choix. En effet, aux pressions exercées par les groupes de défense de l'environnement, les propriétaires riverains et les pêcheurs qui réclament une protection efficace et immédiate, s'opposent les exigences des dirigeants d'entreprises, des travailleurs qui craignent de perdre leur emploi, des politiciens et des gens d'affaires locaux, qui favorisent une intervention plus lente afin de ne pas miner la viabilité économique de l'entreprise⁷⁹.

Ces incertitudes et le débat socio-politique sous-jacent rendent aussi les poursuites difficiles⁸⁰. La complexité et le caractère permanent de bon nombre d'activités polluantes, ainsi que la surveillance constante souvent nécessaire pour assurer l'adaptation du matériel à des conditions changeantes, se concilient mal avec les règles de procédure formelles et la tendance des tribunaux à rendre des décisions ponctuelles au sujet d'incidents individuels⁸¹. Il peut s'avérer extrêmement difficile et coûteux de

78. R. Gibson, *supra*, note 12 à la p. 90.

79. On peut donner comme exemple d'un conflit opposant la conservation des emplois à la protection de l'environnement, la négociation des modalités d'un nouvel arrêté d'intervention visant la fabrique de pâtes et papiers Kimberly-Clark of Canada Ltd. située à Terrace Bay, à l'occasion de laquelle les écologistes affrontaient une société qui avait perdu de l'argent et mettait des travailleurs à pied depuis quelques années : voir «Confrontation coming in pulp-mill pollution fight», *The [Ottawa] Citizen* (27 nov. 1986); «Govt blasted for easing pollution order against mill», *The [Ottawa] Citizen* (8 jan. 1987); «Financial aid to pulp mill could rekindle trade troubles, Ont. treasurer says», *The [Ottawa] Citizen* (21 jan. 1987); K. Noble, «Pulp mill test of new pollution policy», *The [Toronto] Globe and Mail* (26 jan. 1987); M. Keating, «Kimberly-Clark told it must cut toxic waste», *The [Toronto] Globe and Mail* (26 jan. 1987); S. Oziewicz, «Terrace Bay paper mill wins delay on cleanup», *The [Toronto] Globe and Mail* (31 jan. 1987); A. Cohen, «The Politics of Pollution», *Financial Post* (16 février 1987).

80. Voir, de manière générale, Webb, *supra*, note 3, chap. V.

81. Ce point est bien expliqué par le juge Harrigan dans la décision *R. v. Irving Pulp and Paper Ltd.* (No. 2) (1977), 2 F.P.R. 82 (C. prov. N.-B.), citée ci-dessous à la p. 47. Voir aussi, de façon générale, C. Grau, «Whatever Happened to Politics? A Critique of Structuralist and Marxist Accounts of State and Law», dans P. Birne et R. Quinney, éd., *Marxism and Law*, New York, John Wiley and Sons, 1982, p. 205, où l'auteur exprime le point de vue suivant :

[TRADUCTION]

Les tribunaux se restreignent à des questions de droit rigoureusement circonscrites qui souvent, n'ont pas grand-chose à voir avec les questions sociales qui les sous-tendent. La décision viendra trancher le litige entre les seules parties au débat judiciaire, dont les intérêts sur le plan juridique sont bien définis et s'opposent sur des questions de droit étroitement libellées.

faire la preuve d'une contravention⁸². Le recours excessif aux poursuites ne peut que durcir les attitudes antagonistes et mettre fin à une relation de collaboration propice à la libre communication des renseignements nécessaires pour résoudre les problèmes d'application de réglementation⁸³. Si les autorités se montrent un peu trop enclines à s'adresser aux tribunaux, elles pourraient bien ne pas être alertées promptement en cas d'urgence⁸⁴.

La décision de déclencher ou de ne pas déclencher des poursuites dépend de nombreux facteurs, notamment du comportement et de l'attitude du contrevenant présumé, des efforts qu'il déploie dans l'immédiat pour corriger la situation, de l'ouverture du tribunal à une condamnation pour des infractions similaires ou du même genre, de la force de la preuve, et des chances qu'une autre autorité chargée de la mise en application de la loi engage elle-même des poursuites ou encore de la prédilection de cette autorité pour cette façon de procéder. Prenons le cas des poursuites intentées en vertu de la *Loi sur les pêcheries* contre les fabriques de pâtes et papiers⁸⁵. Une étude effectuée par l'auteur montre que les fonctionnaires fédéraux ont diversement considéré les facteurs suivants : (1) les tribunaux semblent souvent répugner à

82. En matière de lutte antipollution, le procès de Suncor en Alberta en 1983 a peut-être été le plus coûteux au Canada. Les poursuites intentées contre cette entreprise de traitement des sables bitumineux, pour avoir déversé de l'huile et de la graisse dans la rivière Athabasca aurait coûté environ 2 millions de dollars. À l'issue de cette affaire, la société a été condamnée à une amende de 8 000 \$. Voir les commentaires de Eugene Kupchanko, sous-ministre adjoint du ministère de l'Environnement de l'Alberta, rapportés par la presse dans «Prosecuting polluters is effective strategy, ministry lawyer says», *The [Toronto] Globe and Mail* (24 mai 1984).

83. K. Hawkins, dans «Bargain and Bluff: Compliance Strategy and Deterrence in the Enforcement of Regulation» (1983) 5 *Law & Pol'y Q.* 35 à la p. 47, explique en partie l'attitude adoptée par les fonctionnaires britanniques chargés de la protection de l'environnement :

[TRADUCTION]

Faire un trop grand usage «du bâton» peut fort bien amener des résultats contraires à ceux que l'on souhaitait. L'inspecteur trop zélé ou trop dur risque d'inciter les pollueurs à ne pas collaborer ou même à se montrer carrément hostiles.

84. *Ibid.*, aux pp. 49-50.

[TRADUCTION]

La tolérance favorise un climat de confiance qui permet plus facilement à l'organisme de déceler les pollutions et de découvrir les délinquants. L'inspecteur aime à rappeler que le pollueur qui a confiance en lui est disposé à le prévenir dès les premiers signes d'un problème sans chercher à en diminuer l'importance.

Il n'empêche que le manque de fermeté dans le recours aux poursuites et aux autres moyens de mise en application peut amener la récidive. Voir *infra*, note 114.

85. Voir Webb, *supra*, note 3 aux pp. 199-278. Les facteurs énoncés ici sont examinés plus abondamment ci-dessous.

condamner les pollueurs industriels, aussi bien qu'à imposer des peines rigoureuses⁸⁶; (2) il est difficile de prouver l'action délétère d'un effluent (voir *infra*, p. 43) lorsqu'elle n'entraîne pas la mort; (3) les provinces ont adopté une législation pour lutter contre la pollution des eaux et aux termes d'accords administratifs, elles sont d'ordinaire considérées comme les premières autorités responsables de la mise en application de la loi (voir *infra*, pp. 28 et 56); (4) il existe des rivalités entre les institutions fédérales sur la question de savoir à qui il incombe d'intenter des poursuites (voir ci-dessous, p. 26); (5) bon nombre de fabriques de pâtes et papiers reçoivent actuellement des subventions fédérales et provinciales pour la modernisation de leurs installations, ce qui devrait supprimer d'importants problèmes de pollution des eaux (voir *infra*, pp. 70 à 72); (6) quantité de fabriques de pâtes et papiers ont conclu des accords informels avec l'Administration fédérale en vue de l'observation progressive de la loi en application desquels les autorités publiques tolèrent des contraventions à court terme en échange de l'engagement pris par l'entreprise de respecter la législation à long terme⁸⁷.

Sauf dans les cas manifestes de pollution par négligence ou par témérité, le recours aux tribunaux peut se révéler moins attrayant qu'en matière pénale⁸⁸. Cette remarque générale relative à l'inapplicabilité des notions pénales de mise à exécution

86. Swaigen et Bunt, *supra*, note 75 à la p. 17, font observer ce qui suit :

En fait, le public a souvent l'impression que les amendes imposées par les tribunaux en matière d'environnement équivalent à un «simple droit de permis». Voici pourquoi :

1. Étant donné qu'ils ont de la difficulté à obtenir les renseignements pertinents et à les produire devant les tribunaux, il arrive souvent que les avocats du ministère public ne soient pas en mesure de prouver l'économie ou les profits réalisés en raison de la perpétration de l'infraction, ni les ressources pécuniaires du contrevenant; 2. Comme nous l'avons mentionné précédemment, l'infraction typique contre l'environnement, de même que le contrevenant typique, correspondent rarement à la perception qu'a la société de la pollution et des pollueurs, à savoir une menace globale et des individus sinistres qui agissent en cachette; 3. Presque toutes les amendes maximums prévues sont tellement peu élevées qu'elles n'ont aucun impact économique véritable sur les grandes entreprises, et ne reflètent pas la gravité des actes les plus répréhensibles; 4. L'imposition d'amendes sévères n'est pas toujours le meilleur moyen de dissuasion générale ou spécifique, mais c'est souvent la seule sanction pénale disponible; 5. Les observateurs qui estiment que le fait d'intenter des poursuites a un effet de dissuasion relativement aux infractions «de moyen» sont plus nombreux que ceux qui pensent que les sanctions pénales permettent d'atteindre efficacement l'objectif d'intimidation à l'égard des infractions «de résultat». Cependant, on connaît mal le rôle que joue la peine dans cette dissuasion ainsi que la nature ou la gravité de la peine qui sont nécessaires pour dissuader les autres de commettre des infractions semblables, sans pour autant que la peine soit indûment sévère. Dans le cas de ces infractions de moyen, la probabilité de poursuites et le choix du moment de l'accusation, du procès et du prononcé de la peine peuvent avoir une incidence aussi grande, sinon plus, que la peine elle-même; 6. Le public ignore souvent les critères qui ont servi à déterminer le montant de l'amende, notamment les dépenses engagées par le contrevenant en vue de prévenir toute récidive ou l'indemnisation volontaire des victimes.

87. Voir J.L. Betts, du Service de la protection de l'environnement, Environnement Canada, «Les règlements et la caractérisation des déchets», dans *Comptes rendus de séminaires sur la pollution de l'eau : Techniques d'épuration des eaux usées de l'industrie des pâtes et papiers*, Ottawa, Approvisionnement et Services Canada, 1976, 1.

88. Pour la position du Service de la protection de l'environnement fédéral, voir Webb, *supra*, note 3 à la p. 210. Au Royaume-Uni, dans son rapport de 1972, le Comité Robens souligne que [TRADUCTION] «les concepts traditionnels du droit pénal» sont en grande partie inapplicables dans le domaine de la santé et de la sécurité au travail. Le comité a proposé que dorénavant des poursuites ne soient intentées que pour des infractions flagrantes, volontaires ou commises par témérité; voir *Report of the Committee on Safety and Health at Work*, Cmnd. 5034, Londres, H.M.S.O., 1972 aux pp. 82-83.

entraîne comme corollaire qu'un nombre élevé de poursuites ne donne pas nécessairement une image juste de la qualité du travail accompli par les fonctionnaires. Inversement, un nombre peu élevé de poursuites n'est pas forcément un indice de laxisme en matière de mise en application de la loi par l'Administration. Autrement dit, l'exercice de poursuites judiciaires n'est qu'une façon parmi tant d'autres d'assurer l'observation de la loi, et dans bien des cas, son efficacité est fort discutable.

Il convient de souligner ici que la discussion qui précède ne doit pas être interprétée comme un réquisitoire contre la mise en application rigoureuse de la loi. En effet, une politique de mise à exécution équitable mais ferme (comportant nécessairement un recours aux poursuites et à la suspension des permis, etc., lorsqu'un pollueur fait preuve de mauvaise volonté ou commet une infraction flagrante aux normes de protection de l'environnement) peut, lorsqu'elle est conjuguée avec des efforts de négociation concertés, aboutir à une protection optimale de l'environnement. L'objet de l'analyse qui précède était de mettre en lumière certaines distinctions importantes entre la mise en application traditionnelle de la loi pénale et l'administration des dispositions antipollution, pour faire comprendre pourquoi le modèle policier classique ne convient pas toujours et pourquoi la perception de la mise en application de la loi est inexacte dans bon nombre des cas en matière de protection de l'environnement.

Deuxième préjugé

Si l'on n'applique pas la législation antipollution, c'est à cause des lacunes qu'elle présente ou de la carence des fonctionnaires chargés de l'administrer.

Rétablissement des faits

Il arrive parfois, c'est certain, qu'un texte de loi demeure lettre morte parce qu'il ne donne pas satisfaction ou que les fonctionnaires chargés de l'appliquer, pour une raison ou une autre, se dérobent à leurs obligations; ce n'est toutefois pas toujours le cas. Le gouvernement peut s'abstenir de mettre une loi à exécution pour des motifs politiques, constitutionnels ou stratégiques qui ne sont pas nécessairement le signe de lacunes inhérentes à la loi ou à son administration.

Par exemple, la partie II de la *Loi sur les ressources en eau du Canada*, qui a été promulguée en 1970, est dans une large mesure restée sans effet⁸⁹. Comme nous

89. Pour un examen plus approfondi de la *Loi sur les ressources en eau du Canada*, voir Webb, *supra*, note 3 aux pp. 493-501. La *Loi sur les ressources en eau du Canada* est divisée en quatre parties. La partie I est consacrée à la gestion intégrale des ressources en eau. Elle prévoit la conclusion d'arrangements consultatifs et officiels fédéraux-provinciaux ainsi que l'élaboration concertée de plans de gestion des ressources en eau et leur mise en œuvre. Les études qui ont été faites et les plans qui ont été élaborés puis mis en application en vertu de cette partie s'attaquent principalement à la sécheresse et aux inondations (voir les rapports annuels pour de plus amples détails). La partie II traite de la gestion qualitative des eaux. La partie III de la *Loi* instaure un régime pour contrôler la fabrication et l'importation des substances nutritives, en particulier des phosphates. La partie IV contient des dispositions générales.

l'avons dit déjà, cette loi constituait, à de nombreux égards, un texte législatif marquant : elle instituait une gestion par bassin hydrographique pour lutter contre la pollution; l'action fédérale unilatérale était autorisée à l'égard des eaux interprovinciales lorsque la collaboration entre les autorités fédérales et provinciales était impossible; des redevances pouvaient être exigées en plus des peines prévues pour le déversement non autorisé de déchets.

Pourtant certaines raisons peuvent expliquer l'inapplication de la partie II de la loi. La première est d'ordre politique : on peut soutenir que la menace implicite d'une action fédérale unilatérale a suffi pour aiguillonner les provinces; la mise à exécution de la loi devenait donc inutile⁹⁰. La deuxième intéresse le partage des compétences constitutionnelles : la loi repose sur le pouvoir de légiférer pour «la paix, l'ordre et le bon gouvernement», dont la portée reste encore assez mal définie⁹¹. Et comme le fédéral a adopté d'autres textes législatifs sur la lutte contre la pollution qui reposent sur des bases constitutionnelles plus traditionnelles et mieux acceptées⁹², les fonctionnaires fédéraux peuvent se permettre d'attendre le moment propice avant d'invoquer la *Loi sur les ressources en eau du Canada* et de s'exposer à un débat judiciaire sur sa validité constitutionnelle. Enfin, la troisième raison est d'ordre stratégique : la loi comportant certaines mesures inconnues jusqu'ici (gestion par bassin hydrographique, gestion fédérale-provinciale, redevances), ce sursis a permis au gouvernement fédéral de sonder la réaction du public, de l'Administration et du secteur privé⁹³, et d'apporter des modifications au besoin. Du même coup, toutes les parties concernées ont eu le temps de se faire aux concepts nouveaux mis de l'avant par la loi⁹⁴. On pourrait penser que la *Loi sur les ressources en eau du Canada* est en réserve, comme une poire pour la soif, en attendant le moment opportun pour la mettre à exécution; il se peut aussi que son application soit tout à fait inutile. Quoi qu'il en soit, la décision de ne pas appliquer la loi ne devrait pas nécessairement être considérée comme un indice de la présence de lacunes dans la législation ou l'administration de celle-ci.

Étant donné la difficulté de déterminer de façon concluante les véritables raisons qui expliquent l'inapplication d'un texte de loi donné, l'examen des motifs possibles est nécessairement conjectural. La discussion qui précède sur la *Loi sur les ressources*

90. Par exemple, voir Thompson, note 1 à la p. 22.

91. *Ibid.*

92. Par exemple, les dispositions relatives à la pollution de la *Loi sur les pêcheries*, fondées sur les pouvoirs constitutionnels du Parlement en matière de «pêcheries des côtes de la mer et de l'intérieur», comme l'a confirmé la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Fowler c. La Reine* (1980), [1980] 2 R.C.S. 213.

93. Cette technique d'application progressive a été employée dans le domaine de la législation relative au transport des marchandises dangereuses. La loi est adoptée par le législateur mais ses différentes dispositions sont mises en vigueur graduellement (voir par exemple, l'historique du *Transportation of Dangerous Goods Control Act* albertain). La même technique d'application progressive pourrait expliquer le fait que la partie IX de la *Loi sur la protection de l'environnement* ontarienne, déposée en 1979, n'a été proclamée en vigueur que le 29 novembre 1985.

94. Le fait qu'au cours des années quatre-vingt le fédéral et les provinces aient réussi à s'entendre en ce qui concerne la législation relative au transport des marchandises dangereuses qui synchronise l'activité fédérale-provinciale dans ce domaine, laisse à penser que la collaboration prévue par la *Loi sur les ressources en eau du Canada* peut encore s'avérer fructueuse.

en eau du Canada ne vise pas à défendre la législation, ni à en promouvoir la mise à exécution. Il s'agit plutôt d'attirer l'attention du lecteur sur le fait que l'inapplication de la loi peut être attribuable à d'autres facteurs que les déficiences inhérentes à la législation elle-même ou l'incurie des fonctionnaires chargés de l'administrer.

B. Les difficultés suscitées par la législation

Si les lois de réglementation de la pollution sont beaucoup plus réalistes et pragmatiques que les interdictions générales qu'elles ont remplacées, le cadre qu'elles forment n'en présente pas moins encore de graves lacunes qui contribuent à accentuer l'écart entre le texte législatif et l'application qui en est faite. La méconnaissance législative des réalités opérationnelles entourant les activités de réglementation de la pollution, et le manque de souplesse des instruments de sanction, sont deux difficultés signalées ici. Nous aborderons aussi la question de savoir si, comme on le prétend souvent, les peines dont sont assorties les infractions prévues par la réglementation ne sont pas assez sévères.

(1) Une formulation législative peu réaliste

Il arrive souvent que les lois relatives à la prévention de la pollution soient formulées d'une façon qui donne à penser que leur mise en application est simple, presque mécanique, alors qu'en réalité, les fonctionnaires sont aux prises avec des considérations scientifiques, politiques, techniques et économiques qui ne sont énoncées nulle part et qui sont loin de faire l'unanimité. En fermant les yeux sur cette réalité opérationnelle, le législateur offre un bien maigre secours aux fonctionnaires et aux tribunaux, et risque d'induire tout le monde en erreur sur la véritable nature de la lutte contre la pollution.

Les dispositions relatives à la pollution de la *Loi sur les pêcheries* fédérale, de même que ses règlements d'application, illustrent bien ce phénomène, encore que des problèmes similaires aient été remarqués du côté des lois provinciales⁹⁵. Le paragraphe 33(2) de la *Loi sur les pêcheries* interdit le rejet dans l'eau d'une substance nocive pour les poissons, sauf dans les cas autorisés par règlement. Interprétée strictement, cette disposition réduirait à l'inactivité la plupart des entreprises industrielles au Canada. Les tribunaux, aussi bien que les fonctionnaires, se sont efforcés de contourner la rigueur de l'infraction⁹⁶, comme le montre l'interprétation quelque peu différente du paragraphe 33(2) donnée par les deux ministères fédéraux qui se partagent l'administration de la *Loi sur les pêcheries*⁹⁷, le ministère des Pêches et des Océans et Environnement Canada⁹⁸. Le premier s'est parfois livré à des mesures d'exécution de la loi que le deuxième a refusé de prendre. Le sens plus strict donné à la disposition

95. Voir, par exemple, Gibson, *supra*, note 12 à la p. ii.

96. Voir, de manière générale, Webb, *supra*, note 3, chap. V.

97. En vertu d'un accord administratif analysé de manière plus détaillée dans Webb, *supra*, note 3 aux pp. 156-162.

98. *Ibid.* aux pp. 156-171.

par le ministère des Pêches et des Océans se justifie dans l'optique d'une interprétation littérale. En revanche, on peut comprendre facilement que les fonctionnaires d'Environnement Canada aient adopté une approche moins axée sur les poursuites, car ce sont eux qui doivent traiter quotidiennement avec les pollueurs industriels. Or l'agressivité compromettrait la collaboration entre les parties. Tout compte fait, les deux positions se défendent et la *Loi sur les pêcheries* n'est d'aucun secours à ce sujet. Dans ces conditions, il arrive que les deux ministères appliquent la disposition de manière différente⁹⁹, ce qui donne à penser que le gouvernement fédéral montre, tel Janus, un double visage. Il n'était pourtant pas nécessaire de formuler en termes si inflexibles et simplistes le texte de la *Loi sur les pêcheries* : les dispositions législatives obligeant les décideurs à tenir compte de facteurs externes déterminés lorsqu'ils prennent des décisions en matière de réglementation n'ont en effet rien d'exceptionnel. Ainsi, en vertu du *Ministry of Forests Act* de la Colombie-Britannique, les fonctionnaires du ministère des Forêts doivent tenir compte de l'utilisation d'autres ressources (notamment des pêcheries) dans l'élaboration des programmes (al. 4c).

Le paragraphe 33.2(6) de la *Loi sur les pêcheries* habilite les inspecteurs à prendre ou à ordonner que soient prises des mesures correctrices dans les cas d'urgence. Jusqu'ici toutefois, ce pouvoir a rarement été exercé. La raison en est, du moins en partie, que souvent, il n'est pas nécessaire de recourir aux pouvoirs officiels pour inciter à la collaboration. Cela dit, l'absence de règlements pour guider l'inspecteur dans l'exercice de ces pouvoirs pourrait bien constituer un obstacle supplémentaire à leur utilisation. Ainsi, l'inspecteur ne peut s'appuyer sur aucune ligne directrice au sujet de la procédure à suivre pour la mise à exécution d'un arrêté, ni sur les circonstances dans lesquelles les arrêtés doivent être rendus¹⁰⁰.

Aux termes du paragraphe 33.1(1), les personnes qui exercent ou se proposent d'exercer des activités entraînant ou de nature à entraîner une pollution sont tenues de fournir au Ministre des renseignements sur ces activités. Elles doivent s'exécuter à la demande du Ministre, ou sans qu'il en fasse la demande dans les cas et de la manière prévus par les règlements d'application (jusqu'ici aucun règlement de ce genre n'a été promulgué). Cependant, cette disposition a rarement été appliquée¹⁰¹, du moins de façon explicite, ce qui s'explique en partie par le fait que les fonctionnaires fédéraux peuvent souvent obtenir les renseignements dont ils ont besoin en en faisant simplement la demande ou en s'adressant aux fonctionnaires provinciaux. Mais dans l'hypothèse où le recours aux pouvoirs officiels s'avérerait nécessaire, des problèmes risquent de surgir : commet une infraction quiconque ne se conforme pas, dans ses activités, aux renseignements fournis en application du paragraphe 33.1(1). Or, l'aspect coercitif de ce pouvoir de demander des informations n'a rien pour encourager la collaboration du pollueur. Celui-ci se bornera à fournir les renseignements demandés, tout en s'efforçant de réduire le plus possible l'envergure de ses projets. Le paragraphe 33.1(1) agit à la manière d'un arrêté d'intervention et semble plus créer un climat de gêne qu'une atmosphère propice à la négociation.

99. Voir, par exemple, le compte rendu de l'incident Westin Resources, *ibid.* aux pp. 163-166.

100. Pour de plus amples détails, voir Webb, *supra*, note 3 aux pp. 262-274.

101. Voir *ibid.* aux p. 250-252.

Le *Règlement sur les effluents des fabriques de pâtes et papiers*, pris en vertu de la *Loi sur les pêcheries*, a été annoncé en 1971. Les normes fixées pour les fabriques nouvelles, modifiées ou à capacité accrue sont entrées en vigueur dans la même année, mais aucune date n'ayant été précisée dans le règlement pour l'application des normes concernant les fabriques existantes, ces normes n'étaient pas légalement en vigueur. Et en 1988, elles ne le sont toujours pas. Or, comme la majorité des fabriques canadiennes sont rangées dans la catégorie des fabriques existantes, jusqu'à ce qu'une date soit fixée pour la mise en application de ces normes, toutes ces fabriques sont légalement assujetties à l'interdiction générale assez utopique qui réprime le dépôt dans l'eau de toutes substances nocives pour le poisson, et qui est énoncée au paragraphe 33(2) de la *Loi sur les pêcheries*¹⁰².

Les règlements sur les effluents promulgués en application de la *Loi sur les pêcheries* fixent des normes nationales pour six secteurs industriels¹⁰³. De façon générale, les normes applicables à un secteur industriel prescrivent des taux d'effluents admissibles exprimés en unités d'eau déversées mais ne fixent pas de limites globales. Il n'est pas tenu compte, dans l'établissement de la norme, du fait que l'impact environnemental du déversement varie selon le milieu récepteur : une rivière de faible volume, au débit lent, absorbe moins bien le déversement que l'océan. En pratique, les fonctionnaires ont tendance à surveiller de plus près les pollueurs qui déversent des effluents dans des écosystèmes plus sensibles. Pourtant, rien dans les règlements n'autorise expressément une telle discrimination, et on pourrait éventuellement reprocher aux fonctionnaires de ne pas traiter les pollueurs uniformément¹⁰⁴.

D'autre part, la *Loi sur les pêcheries* ne fait pour ainsi dire aucune allusion à l'existence d'autorités provinciales chargées de la protection de l'environnement, et elle ne prévoit pas la délégation des pouvoirs relatifs à la mise en application. Pourtant, en pratique, les deux paliers de gouvernement concluent souvent des accords administratifs informels pour le partage de ces responsabilités¹⁰⁵. Mais comme ces ententes ne sont pas sanctionnées par la loi, un citoyen a pu poursuivre un pollueur en dépit du fait que les autorités fédérales et provinciales étaient satisfaites des progrès réalisés par ce dernier pour l'assainissement de son entreprise¹⁰⁶. Une nouvelle législation fédérale et provinciale sur le transport des marchandises dangereuses, reconnaissant expressément l'activité des gouvernements fédéral et provinciaux en matière d'application de la loi et

102. Dans la pratique, l'Administration fédérale tend à se montrer en général plus sévère à l'égard des pollueurs visés par des dispositions réglementaires particulières qu'à l'égard de ceux qui sont visés par l'interdiction générale énoncée au par. 33(2); renseignement fourni par John MacLachy, SPE, Ottawa.

103. Voir le *Règlement sur les rejets de stériles dans le bras Alice*, le *Règlement sur le mercure des effluents de fabriques de chlore*, le *Règlement sur les effluents des raffineries de pétrole*, le *Règlement sur les effluents de l'industrie de la viande et de la volaille*, le *Règlement sur les effluents liquides des mines de métaux*, le *Règlement sur les effluents des établissements de transformation de la pomme de terre*, le *Règlement sur les effluents des fabriques de pâtes et papiers*. En outre, des lignes directrices ont été élaborées pour certains secteurs et sous-secteurs industriels.

104. Voir Webb, *supra*, note 3 aux pp. 84-88.

105. *Ibid.* aux pp. 174-197.

106. Par exemple, *R. ex. rel. Howe v. Cyanamid Canada Inc.* (1981), 3 F.P.R. 151 (C. prov. Ont.) (examiné en détail dans *ibid.* aux pp. 286-292).

prévoyant la délégation réciproque des tâches d'administration et de mise en œuvre, permettrait de démontrer que les deux paliers de gouvernement peuvent effectivement mener une action concertée avec la caution des autorités législatives¹⁰⁷.

Jusqu'ici, le législateur n'a jamais tout à fait réussi à créer un régime juridique qui, tout en accordant au processus de négociation la souplesse dont il a besoin, permettrait la réalisation rapide, économique et équitable des objectifs de la protection de l'environnement. Un processus de négociation formel, reconnu par la loi, tel l'arrêté d'intervention de l'Ontario ou le régime de permis instauré par la Colombie-Britannique, est semé d'embûches pour qui n'est pas sur ses gardes : les modalités de l'arrêté d'intervention sont-elles suffisamment claires pour qu'il soit possible de le mettre à exécution en cas de manquement¹⁰⁸? À l'issue des négociations, l'entreprise décidera-t-elle d'interjeter appel contre des modalités qu'elle juge déraisonnables¹⁰⁹? Le processus sera-t-il par la suite contesté par l'entreprise ou des tiers pour son manque d'équité¹¹⁰?

En raison de la lourdeur des mécanismes juridiques officiels, les administrateurs ont souvent été tentés de conclure avec les pollueurs des accords informels en vue de l'observation progressive de la loi¹¹¹. Mais les dangers que représente cette solution sont également grands. S'ils sont souvent plus rapides et moins coûteux, les accords informels obéissent à des règles ambiguës et obscures, ce qui peut, à bon droit, éveiller la méfiance des tiers qui n'ont pas participé aux négociations. Les véritables règles du jeu n'étant pas établies au préalable, les risques d'inégalités dans l'application de la loi sont beaucoup plus grands. Au surplus, il peut s'avérer encore plus difficile de mettre à exécution des sanctions conventionnelles que des sanctions fixées par les instruments officiels¹¹².

107. Cf. le cas de la *Loi sur le transport des marchandises dangereuses*, art. 25.

108. *Mid-West By-Products Co. v. Clean Environment Commission* (1979), [1979] 6 W.W.R. 46 (B.R. Man.). Voir aussi A. Ackerman et B. Clapp, *Fraser River Task Force Report*, Victoria, Gouvernement de la Colombie-Britannique, 30 juillet 1980, pour un aperçu de la situation en Colombie-Britannique en 1980; voir Gibson, *supra*, note 12 à la p. 58 pour un aperçu de la situation en Ontario en 1983.

109. Par exemple, voir la description de l'opposition formée par l'industrie du plomb aux normes fixées par les arrêtés d'intervention dans C.C. Lax, «The Toronto Lead-Smelter Controversy» dans W. Leiss, éd., *Ecology versus Politics in Canada*, Toronto, University of Toronto Press, 1979, 57. Voir également la description des événements qui ont entouré la délivrance d'un arrêté d'intervention modifié à Inco dans Gibson, *supra*, note 12 aux pp. 74-78.

110. Voir *supra*, note 108. Voir aussi la discussion sur l'abus de procédure et l'équité procédurale, *infra*, pp. 48-55.

111. Voir Webb, *supra*, note 3, chap. V; l'auteur décrit les accords informels conclus par l'Administration fédérale en vue de faire respecter la loi dans l'industrie des pâtes et papiers. Voir aussi Gibson, *supra*, note 12 aux pp. 134-135, pour un aperçu de la situation en Ontario.

112. Voir Webb, *supra*, note 3 aux pp. 100-101, 205.

(2) Des sanctions trop rigides

Le plus souvent, la législation prévoit deux principaux types de sanctions : les sanctions judiciaires (par exemple, les poursuites) et les sanctions administratives (notamment, les mesures relatives aux autorisations¹¹³). Comme les poursuites judiciaires, par comparaison¹¹⁴, entraînent des frais plus élevés, demandent beaucoup plus de temps et retiennent davantage l'attention du public, ces sanctions sont réservées, en règle générale, aux cas les plus graves de violation des normes de protection de l'environnement. D'autre part, dans bon nombre des cas, l'inculpé plaidera coupable,

113. Nous avons employé le terme générique «mesures relatives aux autorisations» qui vise les modifications et restrictions apportées aux autorisations de programme, les arrêtés d'intervention, les permis, les calendriers d'observation progressive et autres arrangements administratifs.

114. Elles sont opposées ici aux mécanismes administratifs. Dans «A Case for Strict Enforcement of Environmental Statutes», dans L. Duncan, éd., *Environmental Enforcement*, Edmonton, Environmental Law Centre, 1984, 2 à la p. 5, John Swaigen soutient que, sauf dans les cas où les administrateurs montrent une aptitude suffisante à la persuasion pour obtenir l'observation des normes, l'action administrative dans le domaine de la lutte contre la pollution peut également être coûteuse et laborieuse :

[TRADUCTION]

[...] lorsqu'il devient nécessaire de recourir à une sanction officielle quelconque, il est loin d'être certain que l'engagement de poursuites prenne plus de temps ou soit plus coûteux que les autres moyens dont disposent les organismes responsables de la mise en application. Lorsque les autorités veulent convaincre une entreprise récalcitrante d'installer du matériel destiné à réduire la pollution ou la soumettre à une ordonnance obligatoire, la préparation nécessaire pour justifier leurs exigences est la même, peu importe qu'elles aient recours aux mécanismes administratifs ou aux poursuites.

S'il est indubitable que tant les sanctions administratives que judiciaires peuvent prendre du temps et être coûteuses, une distinction importante peut être établie entre les deux solutions, à savoir l'importance attachée à l'aspect pénal dans le cas des poursuites. Comme les poursuites auront censément pour résultat une peine d'emprisonnement ou une amende importante, toutes les parties intéressées portent une attention particulière à l'établissement de la culpabilité ou de l'innocence hors de tout doute raisonnable. Les travaux de laboratoire et les enquêtes nécessaires pour convaincre le tribunal peuvent excéder de beaucoup la préparation qui est nécessaire pour convaincre un pollueur d'accepter l'adjonction d'une nouvelle condition à son permis. Dans le cas des mesures administratives, si les fonctionnaires doivent être à même de défendre leur décision d'abord devant les intéressés puis (en cas d'appel) devant les tribunaux, le centre d'intérêt n'est plus tant la culpabilité ou l'innocence du pollueur que la mesure que celui-ci doit prendre ou à laquelle il doit consentir. En somme, l'accent est mis, dans le cas des mesures administratives, sur la mise en œuvre des objectifs publics en matière de protection de l'environnement, tandis que dans le cas des poursuites, on insiste sur le châtiement. Cela ne signifie pas qu'une solution soit préférable à l'autre; chacune a sa raison d'être. Par son caractère punitif, la poursuite vise à amener le pollueur en cause et les autres pollueurs dans des circonstances semblables à se conformer aux normes. En fait, comme le fait observer Swaigen (p. 6), une politique ferme mais équitable en matière de poursuites améliorera vraisemblablement la position des fonctionnaires dans leurs rapports quotidiens avec les pollueurs.

Tant que les juges, les poursuivants et le personnel du ministère de l'Environnement ne connaîtront pas bien les nuances nombreuses et subtiles des délits de pollution, et ne seront pas devenus experts en la matière, les poursuites pourront sembler particulièrement laborieuses, coûteuses et lentes. Par contre, quand tous se seront familiarisés avec le sujet, les poursuites deviendront plus faciles. C'est sans doute l'enseignement que l'on peut tirer de l'extrait suivant des remarques de Earle Anthony, sous-ministre adjoint, ministère de l'Environnement de la Colombie-Britannique, au sujet des travaux du Fraser River Task Force :

[TRADUCTION] Les poursuites elles-mêmes se sont révélées lentes, coûteuses et laborieuses.

Le groupe de travail s'est dispersé en juillet 1980 et ses membres ont regagné leur domicile dans les diverses régions de la province. Lorsque des causes furent entendues, ils sont revenus pour

ce qui évitera à la Couronne la tâche parfois difficile de prouver la contravention¹¹⁵. De plus en plus, on modifie la législation pour offrir aux tribunaux des solutions plus novatrices que l'amende ou l'emprisonnement en matière de détermination de la peine¹¹⁶, notamment le pouvoir de suspendre un permis si l'amende imposée n'est pas payée¹¹⁷, d'ordonner des mesures correctrices¹¹⁸ et préventives¹¹⁹ ainsi que l'indemnisation des victimes de la pollution¹²⁰, d'exiger des contrevenants qu'ils confessent publiquement leurs infractions¹²¹ et assument les frais d'enquête supportés par les organismes¹²². Reste à savoir si les tribunaux mettront à profit ces solutions de rechange en matière de détermination de la peine¹²³.

Les mécanismes administratifs qui s'offrent aux fonctionnaires varient selon les autorités législatives et les régimes applicables en la matière. Dans certains cas, la législation prévoit tout un arsenal de mesures de réglementation interdépendantes.

115. D'après John Swaigen, *ibid.*, au cours de la période de janvier 1981 à janvier 1984 en Ontario, environ les deux tiers des pollueurs accusés d'infraction à la *Loi sur la protection de l'environnement* ou à la *Loi sur les ressources en eau de l'Ontario* ont plaidé coupables.

116. On trouve trois exemples récents d'innovations législatives en matière de détermination de la peine en droit de l'environnement dans les modifications apportées en décembre 1986 à la *Loi sur la protection de l'environnement* ontarienne, à la *Loi sur les ressources en eau de l'Ontario* et à la *Loi sur les pesticides* par la *Loi de 1986 modifiant des lois concernant l'exécution de mesures environnementales*; la *Loi sur l'environnement* de 1987 du Manitoba; et la *Loi canadienne sur la protection de l'environnement*.

117. Par exemple, l'art. 146e de la *Loi sur la protection de l'environnement* de l'Ontario.

118. Par exemple, al. 33b) de la *Loi sur l'environnement* du Manitoba, par. 71(1) de la *Loi sur les ressources en eau de l'Ontario*, et art. 146d de la *Loi sur la protection de l'environnement* de l'Ontario.

119. Par exemple, al. 33a) de la *Loi sur l'environnement* manitobaine, par. 71(1) de la *Loi sur les ressources en eau de l'Ontario*, et par. 146d(1) de la *Loi sur la protection de l'environnement* de l'Ontario.

120. Par exemple, al. 36c) de la *Loi sur l'environnement* du Manitoba, et le par. 31(1) de la *Loi canadienne sur la protection de l'environnement*.

121. Par exemple, l'al. 130(1)c) de la *Loi canadienne sur la protection de l'environnement*.

122. Par exemple, *ibid.*, al. 122(1)c) et 130(1)g).

123. L'expérience commande un pessimisme prudent : des modifications apportées en 1970 à la *Loi sur les pêcheries* fédérale accordaient aux tribunaux le pouvoir de rendre une ordonnance portant interdiction de commettre d'autres faits de pollution (par. 33(7)); ce pouvoir a été révisé et élargi en 1977 (modifications permettant d'ordonner que des mesures soient prises pour empêcher la récidive en matière de pollution), mais il a rarement été utilisé : pour une analyse plus détaillée de ce pouvoir et de son utilisation peu fréquente, voir Webb, *supra*, note 3 aux pp. 230-234.

Suite de la page 30

témoigner. La charge de travail des laboratoires du Ministère était considérable, ce qui a eu des répercussions importantes sur les programmes de surveillance et d'inventaire. Les poursuivants ne connaissaient pas bien le droit de l'environnement et leur présentation de la cause en a souffert. Les juges disposaient de peu de précédents et les peines d'emprisonnement ou les amendes manquaient d'uniformité (E. Anthony, «The Fraser River Task Force», dans L. Duncan, éd., *Environmental Enforcement*, Edmonton, Environmental Law Centre, 1984, 78 à la p. 79).

Il convient de noter que les activités des laboratoires du ministère de l'Environnement de la Colombie-Britannique ont été dès lors centrées sur les objectifs des tribunaux, à savoir l'établissement de la culpabilité ou de l'innocence, plutôt que sur les objectifs administratifs, c'est-à-dire assurer le respect continu des lois.

Citons le cas de l'Ontario : un certificat d'approbation est requis pour construire ou modifier un réseau d'égouts¹²⁴, l'obtention d'un permis est nécessaire pour exploiter un réseau d'égouts¹²⁵, et le permis n'est délivré que si le réseau d'égouts respecte les normes provinciales (par exemple, un certificat d'approbation a été accordé)¹²⁶. En outre, la personne qui s'occupe de la construction ou de la modification des réseaux d'égouts, ou encore du stockage ou de l'évacuation des eaux usées doit obtenir un permis¹²⁷. Dans d'autres cas, les mécanismes sont classés par ordre hiérarchique, de sorte que, par exemple, l'inobservation des modalités d'un permis délivré en vertu du *Clean Air Act* de l'Alberta pourrait entraîner la prise d'un arrêté d'intervention ou d'un arrêté de suspension, le déclenchement de poursuites ou à la fois la prise d'un arrêté de suspension et l'engagement de poursuites¹²⁸.

Devant l'inobservation des modalités d'un accord administratif (c'est-à-dire d'un permis, d'un certificat d'approbation, etc.), les fonctionnaires doivent choisir, pour l'essentiel, entre trois solutions : renégocier l'accord et éventuellement mettre en place un mécanisme plus rigoureux, suspendre l'accord ou enfin, prendre des mesures concrètes d'exécution de la loi (par exemple, la prise d'un arrêté de suspension ou l'engagement de poursuites devant les tribunaux criminels ou les deux). D'une part, la simple renégociation d'un accord (même si elle aboutit à des contrôles plus stricts) pourra être considérée comme une réaction assez veule devant l'inobservation de la loi. D'autre part, la suspension d'un accord, la prise d'un arrêté pour faire cesser l'exploitation d'une usine ou l'exercice de poursuites pourraient sembler excessifs dans les cas de contraventions mineures.

Barton, Franson et Thompson, dans une étude préparée pour la Commission de réforme du droit du Canada et le Westwater Research Institute, sont d'avis que l'utilisation du modèle contractuel dans la lutte antipollution pourrait présenter certains avantages par rapport aux solutions actuelles¹²⁹. Ils rappellent que le contrat est un accord individuel, conclu au terme de négociations entre l'Administration et une entreprise privée, et que cette définition s'applique à de multiples situations en matière de lutte contre la pollution¹³⁰. Les auteurs affirment que dans bien des cas, c'est à tort que l'on qualifie les nombreux manquements aux normes antipollution de délits criminels devant être punis. Or, le contrat a l'avantage d'échapper au jugement d'ordre moral. De plus, son exécution est assurée par la voie civile, et il permet de réclamer des dommages-intérêts en cas d'inexécution¹³¹. C'est pourquoi Barton *et al.* proposent d'intégrer le modèle contractuel au cadre réglementaire existant, à titre de technique

124. *Loi sur la protection de l'environnement* de l'Ontario, art. 64.

125. *Ibid.*, art. 67.

126. *Ibid.*, par. 67(3).

127. *Ibid.*, art. 69.

128. Voir le *Clean Air Act* de l'Alberta.

129. B. Barton, R. Franson et A. Thompson, *A Contract Model for Pollution Control*, Vancouver, Westwater, Research Centre (U.B.C.), 1984.

130. *Ibid.* à la p. 3.

131. *Ibid.* à la p. 5.

administrative supplémentaire pour lutter contre la pollution¹³². Ils admettent toutefois que l'adjonction d'une solution contractuelle pour les cas où les sanctions pénales seraient contre-indiquées pourrait prêter à controverse, et conclue, permettant l'utilisation du contrat devraient [TRADUCTION] «être soigneusement expliquées au public¹³³».

Il n'est peut-être pas nécessaire d'aller aussi loin. On pourrait habiliter les fonctionnaires à imposer des sanctions administratives en cas d'infractions mineures ou de pure forme¹³⁴. De plus, et bien qu'il soit assez inusité au Canada, le versement de dommages-intérêts pourrait être prévu pour le non-respect des conditions d'un permis ou les infractions prévues par la réglementation¹³⁵. La section de recherche sur le droit administratif de la Commission de réforme du droit du Canada examine présentement la possibilité de soumettre les infractions réglementaires à un tribunal et à une procédure distincts, à l'abri des idées préconçues du droit pénal. Au surplus, une utilisation accrue des cautionnements d'exécution pourrait donner plus de poids aux administrateurs qui négocient avec les pollueurs¹³⁶.

(3) La sévérité des peines

Selon une opinion fort répandue, les peines dont sont assorties les infractions prévues par le régime de réglementation antipollution sont trop légères : elles constituent en quelque sorte une [TRADUCTION] «taxe à la pollution¹³⁷», et il convient de les aggraver. Pour notre part, nous croyons que dans la plupart des cas, les peines prévues sont plus que suffisantes. La revendication de peines plus sévères est un réflexe

132. *Ibid.* aux pp. 35-37.

133. *Ibid.* à la p. 30.

134. Voir, par exemple, les dispositions concernant les infractions appelées «contraventions» que l'on trouve aux art. 6.6 à 7.2 de la *Loi sur l'aéronautique fédérale*, modifiée par S.C. 1985, c. 28, art. 1. Voir aussi la *Loi sur les infractions provinciales* ontarienne, en particulier les parties I et II.

135. Voir l'étude du régime américain de peines civiles imposées par les tribunaux administratifs dans V. Palmer, «The Evolving Role of Administrative Law Judges» (1984) 19 *New England L. Rev.* 755. Voir également l'art. 36 de la nouvelle *Loi sur l'environnement* du Manitoba. Il y aurait lieu de procéder à un examen approfondi des répercussions constitutionnelles, notamment par rapport à la *Charte canadienne des droits et libertés* [ci-après *Charte*], du recours aux sanctions administratives. Voir aussi CRDC, *supra*, note 12 aux pp. 42, 43 et 49.

136. Dans le contexte de la réglementation de la pollution, le cautionnement d'exécution pourrait être défini comme une garantie que l'administré remet à l'Administration quant à la bonne exécution de certaines obligations. S'il remplit ses obligations, il recouvre le cautionnement. Dans le cas contraire, la garantie sert à l'exécution des obligations. On trouve des dispositions autorisant le recours au cautionnement d'exécution aux par. 11(3) et 26(1) de la *Loi sur les eaux intérieures du Nord*, et dans la partie X-A de la *Loi sur la protection de l'environnement* de l'Ontario, ainsi qu'à l'art. 38 du *Department of Environment Act* de Terre-Neuve.

137. Voir, entre autres, M. Keating, «Tougher Penalties Promised Against Polluting in Ontario», *The [Toronto] Globe and Mail* (27 mai 1986) A10.

attribuable à la méconnaissance de la véritable situation¹³⁸. Dans un document d'étude préparé en 1985 pour la Commission de réforme du droit du Canada, Swaigen et Bunt font le commentaire suivant :

Si cette opinion stéréotypée selon laquelle les actes de pollution constituent des atteintes délibérées à la santé publique ou une destruction massive de l'environnement était absolument exacte, il faudrait sans doute envisager l'insertion de peines plus sévères dans les lois ou l'imposition de sanctions plus sévères par les tribunaux. Toutefois, il ressort d'une analyse des arrêts publiés et non publiés des dix dernières années que la grande majorité des causes entendues par les tribunaux ne répondent pas à cette description. La plupart des affaires impliquent non pas des grandes sociétés commerciales puissantes, mais des petites entreprises dont les ressources pécuniaires sont limitées. La plupart du temps, il s'agit d'une fuite accidentelle d'une petite quantité de substances peu dangereuses, qui peut être nettoyée rapidement et qui, à toutes fins utiles, n'a causé qu'un préjudice mineur à l'environnement ou à la santé humaine.

Dans le cas des infractions typiques, on ne peut conclure d'emblée à l'insuffisance de nombre d'amendes maximums fixées par les lois fédérales et provinciales, ni des amendes imposées par les tribunaux. En fait, dans certains cas, les amendes maximums prévues (et non celles que les tribunaux infligent) sont disproportionnées à la gravité de l'infraction¹³⁹.

Les auteurs font remarquer que «[l]a difficulté tient au fait que les amendes ne règlent pas à elles seules certains problèmes ou certaines situations exceptionnelles [...]»

Entre la fin de 1986 et la date de la dernière révision du présent document, on a vu plusieurs autorités législatives¹⁴⁰ s'employer fébrilement à l'adoption de textes destinés à renforcer considérablement les pouvoirs accordés aux tribunaux en matière pénale et de détermination de la peine. Cette nouvelle législation comporte des amendes maximales plus élevées¹⁴¹, et dans certains cas, une amende minimale¹⁴², des peines différentes selon que le contrevenant est une personne physique ou morale¹⁴³, le pouvoir

138. Voir Thompson, *supra*, note 1 à la p. 5; l'auteur fait remarquer que les points faibles du système actuel [TRADUCTION] «[...] ne seront pas corrigés par l'adoption d'autres lois et règlements prévoyant encore des infractions et des peines [...] [l]'élaboration [...] de prohibitions et de peines nouvelles est souvent le propre de l'autorité réglementante qui n'a ni les moyens ni les connaissances nécessaires pour résoudre un problème».

139. *Supra*, note 75 à la p. 53.

140. Voir *supra*, note 116.

141. Par exemple, l'amende maximale en cas de transgression de l'article 51 de la *Loi sur les ressources en eau de l'Ontario* est passée de 200 \$ par jour à 25 000 \$ (première infraction, personne morale ou municipalité) et à 50 000 \$ (récidive, personne morale ou municipalité).

142. Par exemple, l'art. 146a de la *Loi sur la protection de l'environnement* de l'Ontario, prévoit une amende minimale de 2 000 \$ pour les personnes morales qui contreviennent aux par. 13(1) ou 119(1) de la Loi. Dans certaines provinces, la loi prévoit déjà des amendes minimales : ainsi, la *Loi sur la qualité de l'environnement* du Québec, art. 106; les art. 6 et 9 du *Environmental Protection Act* de l'Île-du-Prince-Édouard.

143. Par exemple, le par. 146a(1) de la *Loi sur la protection de l'environnement* ontarienne prévoit des amendes minimales et maximales pour les personnes morales coupables des infractions énoncées aux par. 13(1) et 119(1) de la Loi, tandis que le par. 146a(2) rend les personnes physiques condamnées en application des par. 13(1) ou 119(1) passibles en outre d'un emprisonnement. Voir aussi l'article 106 de la *Loi sur la qualité de l'environnement* du Québec.

de condamner directement les dirigeants d'entreprises responsables¹⁴⁴, des peines d'emprisonnement¹⁴⁵ et le pouvoir de majorer la peine imposée en fonction du profit réalisé grâce à la contravention¹⁴⁶. En plus de ces peines plus sévères, des pouvoirs plus étendus ont été accordés aux tribunaux en matière d'arrêtés (voir *supra*, p. 31). La question de savoir si les peines et les pouvoirs antérieurement prévus étaient effectivement insuffisants reste discutable. Il est par contre indéniable que les modifications apportées rappellent sans équivoque aux juges, aux fonctionnaires et aux pollueurs que le législateur considère les atteintes à l'environnement comme un problème grave appelant des mesures énergiques. Reste à savoir si les autres autorités législatives jugeront nécessaire d'emboîter le pas et de prendre un engagement renouvelé et renforcé à l'égard de la protection de l'environnement.

Jusqu'ici, les tribunaux ont rarement eu recours à tout l'arsenal des peines prévues, mais certains indices dénotent leur impatience grandissante à l'égard des entreprises récalcitrantes. Dans une affaire entendue en 1983, la Cour territoriale des Territoires du Nord-Ouest a prononcé une ordonnance de probation d'un an contre la société reconnue coupable¹⁴⁷. Dans un jugement rendu en 1986, la Haute cour de l'Ontario a reconnu une entreprise polluante coupable d'outrage au tribunal pour manquement flagrant et continu aux normes relatives aux rejets¹⁴⁸. Les causes de ce genre montrent que s'il y a une volonté d'agir, les moyens d'action ne feront pas défaut. Dans bon nombre des cas, les tribunaux disposent bel et bien des peines et des pouvoirs nécessaires pour réprimer sévèrement les pollueurs et pour les punir. Dans cette optique, les mesures prises récemment pour renforcer les pouvoirs des tribunaux à l'égard des pollueurs viennent mettre en évidence l'indignation qu'inspirent à la société les atteintes à l'environnement, et permettent au gouvernement d'intervenir plus fermement auprès des pollueurs.

144. Aux termes de l'art. 147a de la *Loi sur la protection de l'environnement* ontarienne, les dirigeants d'une personne morale qui exerce une activité pouvant causer de la pollution ont l'obligation de prendre toutes les précautions raisonnables pour empêcher la société de causer ou de permettre que soit causée de la pollution, et sont coupables d'une infraction s'ils ne s'acquittent pas de cette obligation, que la société ait ou non été poursuivie ou condamnée relativement au fait de pollution en cause.

145. Voir le paragraphe 33(1) de la *Loi sur l'environnement* du Manitoba. Certaines lois existantes prévoyaient déjà la sanction de l'emprisonnement : les art. 19.1 et 49 de la *Loi sur la production et la conservation du pétrole et du gaz*, le par. 8(5) de la *Loi sur les contaminants de l'environnement*, l'art. 15 du *Clean Water Act* albertain.

146. Voir l'al. 36d) de la *Loi sur l'environnement* du Manitoba.

147. *R. v. Panarctic Oils Ltd.* (1983), 3 F.P.R. 429 (C. terr. T.N.-O.). Signalons cependant que dans *R. v. Algoma Steel* (1977), 1 W.C.B. 118, la Cour provinciale de l'Ontario a décidé que la probation était impossible dans le cas des personnes morales ou des infractions provinciales.

148. *R. v. B.E.S.T. Plating Shoppe Ltd.* (1986), 1 C.E.L.R. (N.S.) 85 (H.C. Ont.). La Cour d'appel de l'Ontario a confirmé la condamnation pour outrage au tribunal prononcée contre la société ((1987), 1 C.E.L.R. (N.S.) 145). Par contre, le jugement a été infirmé quant aux accusations portées contre un dirigeant de la société.

C. Les tribunaux, la pollution et la réglementation de la pollution

À l'instar des législatures, des fonctionnaires, de l'industrie et de la société, les tribunaux se sont efforcés de trouver des solutions pour lutter contre la pollution. À certains égards, on peut soutenir que les tribunaux canadiens ont fait des progrès. Signalons notamment l'introduction de l'infraction de responsabilité stricte qui est mieux adaptée à la plupart des incidents en matière de pollution. À d'autres égards cependant, les caractéristiques mêmes du processus judiciaire ont gêné la résolution efficace des problèmes liés à la pollution. Citons, par exemple, l'importance attachée par les tribunaux à la culpabilité ou à l'innocence, et le fait qu'ils soient généralement appelés à statuer sur des incidents isolés.

Nous traiterons principalement ici des problèmes entraînés par la définition trop empirique et trop fluide sur les plans scientifique et technique de l'activité polluante, et par le caractère évolutif de la lutte contre la pollution. En général, le fait de pollution ne ressemble pas au comportement criminel type que les tribunaux connaissent bien, et le plus souvent, l'activité polluante peut être réduite à une simple formule juridique. En outre, la plupart des incidents qui font l'objet de poursuites ne causent aucun préjudice permanent ni important à l'environnement ni à la santé humaine (quoique les effets cumulatifs, synergiques, et à long terme puissent être plus graves)¹⁴⁹. Comme on ne peut juguler la pollution du jour au lendemain, et qu'il est souvent nécessaire d'établir une étroite collaboration entre l'Administration et l'industrie pour trouver des solutions, le modèle policier que les tribunaux connaissent le mieux n'a guère d'application. Par conséquent, il peut arriver que les poursuites en matière de pollution soient longues et coûteuses, et donnent lieu à des décisions plus ou moins discordantes¹⁵⁰. Compte tenu de tous ces facteurs, l'Administration n'a pas pu s'appuyer sur les tribunaux comme le fait la police pour l'application de la loi pénale. Cependant, il convient de rappeler que dans bon nombre de cas, le pollueur plaide coupable, ce qui délivre la Couronne de l'obligation de prouver l'infraction¹⁵¹. Aussi ne faudrait-il pas conclure, à la lecture des commentaires suivants sur les problèmes liés au processus judiciaire que les poursuites soient à éviter à tout prix. Bien au contraire, l'expérience montre que les poursuites sont suivies d'une meilleure collaboration¹⁵².

149. Voir Swaigen et Buni, *supra*, note 75 à la p. 53.

150. Voir l'observation dans ce sens faite par le sous-ministre adjoint de l'Environnement de la Colombie-Britannique et citée *supra*, note 114, mais dans cette même note, on soutient que ces problèmes peuvent s'atténuer avec le temps et l'expérience.

151. D'après John Swaigen du ministère de l'Environnement de l'Ontario, environ les deux tiers des pollueurs plaident coupables aux accusations portées en matière de pollution dans cette province : voir *supra*, note 115.

152. Voir *supra*, pp. 30-31 et note 115.

(1) Les tribunaux et l'activité polluante

a) La caractérisation du délit de pollution

Avant les années soixante-dix, on remarque chez les tribunaux et les législateurs canadiens une tendance à ranger les infractions, pour l'essentiel, dans deux catégories : les infractions de responsabilité absolue et les infractions criminelles¹⁵³. Dans le premier cas, il suffit de prouver l'accomplissement de l'acte incriminé pour que la condamnation soit prononcée. Les intentions de l'accusé importent peu, qu'il s'agisse d'un acte prémédité, d'un acte téméraire ou négligent, ou même d'un acte innocent sur le plan moral. En revanche, l'élément moral (l'intention coupable) doit être établi pour que le prévenu soit déclaré coupable d'une infraction criminelle.

Les délits de pollution réprimés par la réglementation ne sont pas faciles à classer dans l'une ou l'autre de ces catégories. D'ordinaire, la formulation du texte législatif n'indique pas clairement si l'intention est un élément nécessaire : «il est interdit à qui que ce soit de déposer, de permettre que soient déposées ou de faire déposer des substances nocives pour l'environnement¹⁵⁴». Or, la caractérisation d'un délit de pollution soit comme infraction criminelle, soit comme infraction de responsabilité absolue, détermine souvent le sort de l'accusé. Si le tribunal décide que le délit de pollution est criminel, et donc que la preuve de l'élément moral est nécessaire, il peut s'avérer très difficile de faire condamner l'accusé car bon nombre des faits de pollution ne sont pas délibérés (par exemple, une fuite) et sont accomplis par des entreprises (prouver l'intention d'une personne morale peut être une tâche extrêmement ardue)¹⁵⁵. Par contre, si le tribunal range le délit de pollution parmi les infractions de responsabilité absolue, le pollueur peut être déclaré coupable même s'il a fait l'impossible pour éviter le rejet. Avant l'arrêt *Sault Ste-Marie*, rendu en 1978 par la Cour suprême du Canada, les décisions des tribunaux canadiens manquaient d'uniformité : l'élément moral était jugé tantôt nécessaire, tantôt non nécessaire, un moyen de défense était tantôt admis, tantôt jugé irrecevable¹⁵⁶.

Dans l'affaire *Sault Ste-Marie*, la ville avait été accusée d'avoir déchargé ou fait décharger ou permis que soient déchargées ou déposées des matières dans certains cours d'eau, en violation du paragraphe 16(1) (alors le paragraphe 32(1)) de la *Loi sur les ressources en eau de l'Ontario*. Le principal point en litige était de savoir si la ville était responsable des actes d'une compagnie privée avec laquelle elle avait conclu un contrat pour l'élimination des déchets de la municipalité. Aux termes du contrat, la compagnie devait procéder à l'élimination des ordures d'une façon jugée satisfaisante par les représentants municipaux. La culpabilité ou l'innocence de l'accusée dépendait,

153. Voir l'historique tracé par le juge Dickson dans l'affaire *La Reine c. Sault Ste-Marie* (1978), [1978] 2 R.C.S. 1299 [ci-après *Sault Ste-Marie*].

154. Voir, par exemple, le par. 33(2) de la *Loi sur les pêcheries*, par. 16(1) de la *Loi sur les ressources en eau de l'Ontario*.

155. Voir, par exemple, J.C. Coffee, «No Soul to Damn: No Body to Kick: An Unscandalized Inquiry into the Problem of Corporate Punishment» (1981) 79 Mich. L.Rev. 386.

156. Voir l'historique tracé par le juge Dickson dans l'arrêt *Sault Ste-Marie*, aux pp. 1316-1327.

dans une large mesure, de la résolution de la question suivante : la poursuite est-elle tenue de prouver l'existence de l'élément moral ou est-elle assujettie à une norme de preuve moins rigoureuse? Le juge de première instance avait décidé que l'infraction créée par le paragraphe 16(1) ne nécessitait pas la preuve de l'élément moral. Pour leur part, la Cour divisionnaire et la Cour d'appel avaient conclu que l'élément moral était un élément constitutif de l'infraction en question¹⁵⁷. Dans son jugement, rendu par le juge Dickson (alors juge puîné), la Cour suprême du Canada fait observer que les infractions contre le bien-être public comme celle qui est réprimée par le paragraphe 16(1) :

[...]mettent manifestement en jeu des valeurs contradictoires. Il est essentiel que la société maintienne, par un contrôle efficace, un haut niveau d'hygiène et de sécurité publiques. Il faut sérieusement prendre en considération les victimes potentielles de ceux qui exercent des activités comportant un danger latent. En revanche, on répugne généralement à punir celui qui est moralement innocent¹⁵⁸.

Le juge Dickson reconnaissait officiellement l'existence d'une nouvelle catégorie d'infractions, appelées infractions de responsabilité stricte, qui se situent entre les infractions de responsabilité absolue et les infractions dont l'élément moral doit être prouvé. Dans le cas des infractions de responsabilité stricte,

[...] il n'est pas nécessaire que la poursuite prouve l'existence de la *mens rea*; l'accomplissement de l'acte comporte une présomption d'infraction, laissant à l'accusé la possibilité d'écarter sa responsabilité en prouvant qu'il a pris toutes les précautions nécessaires. [...] La défense sera recevable si l'accusé croyait pour des motifs raisonnables à un état de faits inexistant qui, s'il avait existé, aurait rendu l'acte ou l'omission innocent, ou si l'accusé a pris toutes les précautions raisonnables pour éviter l'événement en question¹⁵⁹.

En concluant ainsi, le juge Dickson a suivi les recommandations formulées par la Commission de réforme du droit du Canada¹⁶⁰.

Après avoir reconnu l'existence de l'infraction de responsabilité stricte et de la défense de diligence raisonnable, le juge Dickson a fait observer qu'il n'incombe plus à la poursuite de prouver la négligence; c'est au défendeur qu'il appartient de prouver que toutes les précautions nécessaires ont été prises. Cela dit, alors que la poursuite doit prouver hors de tout doute raisonnable que le défendeur a commis l'acte prohibé, ce dernier doit seulement établir, selon la prépondérance des probabilités, le moyen de défense de diligence raisonnable¹⁶¹. La poursuite doit donc réfuter la diligence raisonnable pour faire condamner le défendeur.

157. *R. v. Sault Ste. Marie* (1976), 70 D.L.R. (3d) 430 (C.A. Ont.).

158. Voir l'arrêt *Sault Ste-Marie* à la p. 1310.

159. *Ibid.* à la p. 1326.

160. CRDC, *Notre droit pénal* (Rapport n° 3), Ottawa, Approvisionnements et Services Canada, 1976; *La notion de blâme — La responsabilité stricte* (Document de travail n° 2), Ottawa, Information Canada, 1974, (publications citées à la p. 1320 de l'affaire *Sault Ste-Marie*).

161. Voir l'affaire *Sault Ste-Marie* à la p. 1325.

Le juge Dickson a décidé que les infractions contre le bien-être public, comme celles que prévoit la *Loi sur les ressources en eau de l'Ontario*, sont présumées appartenir à la catégorie des infractions de responsabilité stricte, sauf si l'on trouve dans la disposition législative créant l'infraction des termes évoquant clairement l'élément moral, tels que «volontairement», «avec l'intention de», «sciemment» ou «intentionnellement¹⁶²». Pour établir une distinction entre les infractions de responsabilité stricte et de responsabilité absolue, le juge Dickson propose que les tribunaux examinent l'économie générale de la réglementation adoptée par le législateur, l'objet de la législation, la gravité de la peine et la précision des termes utilisés¹⁶³.

L'arrêt *Sault Ste-Marie* a considérablement réduit la confusion qui régnait au sujet de l'élément moral, et de la nature et du contenu des moyens de défense opposables à la plupart des accusations de pollution. La solution adoptée dans l'affaire *Sault Ste-Marie* paraît à la fois équitable et raisonnable : la poursuite n'a pas à assumer un fardeau de preuve souvent insurmontable, celui de prouver l'intention, et le prévenu peut dégager sa responsabilité en justifiant d'un comportement irréprochable sur le plan moral.

Comme cela est souvent le cas, si cette décision a résolu un problème, elle a malheureusement fait naître toute une série de nouvelles difficultés. La première consiste à identifier les infractions qui appartiennent maintenant à la catégorie des infractions de responsabilité stricte. Et à supposer que la plupart des atteintes aux règles de fond relatives à la protection de l'environnement puissent être qualifiées d'infractions de «responsabilité stricte», qu'en est-il des manquements relatifs à la procédure comme la transgression des conditions dont sont assortis les permis prévus par les textes législatifs? Certains tribunaux ont conclu que le non-respect des conditions du permis constituait une infraction de responsabilité absolue et donc, que le moyen de défense de diligence raisonnable n'était pas recevable¹⁶⁴. Qu'il nous suffise de dire que la création d'une infraction intermédiaire entre les crimes dont l'élément moral est un élément constitutif et les infractions de responsabilité absolue ne règle pas le problème de la caractérisation des infractions, elle ajoute simplement un autre choix. Cependant, l'arrêt *Sault Ste-Marie* aura quand même eu le mérite de définir ces choix et de fournir les critères nécessaires.

Certains commentateurs ont fait valoir que la répugnance résolument exprimée par le juge Dickson pour la punition de ceux qui sont moralement innocents a sonné le glas des infractions de responsabilité absolue¹⁶⁵. Le juge Dickson fait remarquer ce qui suit : «[...] la responsabilité absolue [...] viole les principes fondamentaux de la responsabilité pénale¹⁶⁶». On a fait valoir que les infractions de responsabilité absolue portent aussi atteinte aux principes de justice fondamentale garantis par l'article 7 de la *Charte*. Par

162. Voir *ibid.* à la p. 1326

163. *Ibid.*

164. Par exemple, *R. v. Canadian International Paper Company* (1983), 12 C.E.L.R. 121 (C. comté Ont.).

165. Voir M.J. Conklin, «Strict Liability: The Doctrine in *Sault Ste. Marie* — Judicial Creativity Gone Sour?» (1982) 3:5 *Crown Coun. Rev.* 9 à la p. 12.

166. Voir l'arrêt *Sault Ste-Marie* à la p. 1311.

la suite, la Cour suprême du Canada a décidé que l'emprisonnement obligatoire pour une infraction de responsabilité absolue prévue par le code de la route contrevenait aux «principes de justice fondamentale» protégés par la *Charte*¹⁶⁷.

Outre les difficultés de qualification, l'arrêt *Sault Ste-Marie* a créé un deuxième problème important en établissant le moyen de défense de diligence raisonnable. Si l'introduction d'une infraction de responsabilité stricte a augmenté les chances de condamnation en éliminant la nécessité de prouver l'élément moral, elle les a réduites en reconnaissant ce moyen de défense. En quoi consistera au juste une défense acceptable? [TRADUCTION] «L'incertitude du droit est l'un des effets fâcheux de l'arrêt *Sault Ste-Marie*», a fait remarquer un commentateur¹⁶⁸. Il est en effet facile de créer une apparence de diligence raisonnable. Il suffirait, par exemple, de montrer que des directives avaient été données aux employés pour éviter les déversements. Mais reste à savoir si les tribunaux accepteront cette solution. Dans une application rigoureuse du moyen de défense, un tribunal a conclu ce qui suit :

[TRADUCTION]

Il lui incombait d'instaurer un système adéquat. Elle était sans doute la mieux placée pour savoir ce que cela représentait en pratique, mais j'estime qu'il est tout à fait insuffisant de dire «nous engageons et nous formons nos employés avec soin». En l'espèce, je suis d'avis que la diligence raisonnable n'a pas été prouvée. Je pense que c'est ce que voulait dire le juge de première instance lorsqu'il a fait le commentaire suivant : «[...] au nombre des "précautions raisonnables" il faut inclure une surveillance étroite et continue des valves en question pendant toute l'opération ou, à défaut, quelque autre méthode visant à assurer que les valves en question sont fermées et qu'elles le demeureront pendant toute l'opération¹⁶⁹».

À l'autre extrême, des preuves de l'action ou de l'inaction de l'Administration, ou de son acquiescement, ont été admises par les tribunaux, comme constitutives du moyen de défense de diligence raisonnable :

[TRADUCTION]

À mon humble avis, l'appelante a pris toutes les précautions raisonnables dans les circonstances. À ce propos, il convient de signaler que le retard a été causé par l'Administration et que les pluies ont été exceptionnelles. Or, ni l'un ni l'autre de ces facteurs n'aurait pu être raisonnablement prévu par l'appelante¹⁷⁰. [Les italiques sont de nous.]

De fait, les pratiques administratives en matière de négociation peuvent maintenant faire l'objet d'un contrôle judiciaire au cours d'une poursuite relative à la répression de la pollution. Selon la diligence qui a caractérisé les négociations administratives et le soin apporté par l'Administration à la tenue du dossier, la diligence raisonnable pourra

167. Renvoi sur la *Motor Vehicle Act* (C.-B.) (1985), [1985] 2 R.C.S. 486. Pourtant, dans des décisions récentes, certaines infractions en matière d'environnement ont été tenues pour des infractions de responsabilité absolue : par exemple, la construction ou la modification de matériel destiné à exclure un contaminant, sans avoir obtenu au préalable un certificat d'approbation, infraction prévue au par. 8(1) de la *Loi sur la protection de l'environnement* ontarienne, a été considérée comme une infraction de responsabilité absolue à l'égard de laquelle le moyen de défense de diligence raisonnable ne peut pas être invoqué : *R. v. Canadian Pacific* (1983), 12 C.E.L.R. 101 (C. prov. Ont.).

168. Voir Conklin, *supra*, note 165 à la p. 9.

169. *R. v. Gulf of Georgia Towing Co.* (1979), [1979] 3 W.W.R. 84 à la p. 88 (C.A. C.-B.).

170. *R. v. Byron Creek Collieries Ltd.* (1979), 8 C.E.L.R. 31 à la p. 39 (C. comté C.-B.).

être plus ou moins facile à prouver. Les pratiques administratives en matière de négociation pourraient faire échec à une défense de diligence raisonnable en ce sens qu'une action consciencieuse et soutenue des fonctionnaires, bien étayée par les dossiers de l'administrateur, contribuerait à réfuter la diligence raisonnable alléguée par l'accusé.

À l'évidence, le fardeau de la preuve qui pèse sur les fonctionnaires est lourd. Il leur incombe non seulement de prouver le fait de pollution mais aussi d'établir que le système de prévention mis en place dans les installations de l'accusé était insuffisant :

[TRADUCTION]

Les inspecteurs chargés de la lutte antipollution, qui sont formés pour prélever des échantillons de substances toxiques et trouver la source de la pollution, devront maintenant établir en plus qui a donné les ordres qui ont entraîné la pollution, qui les a exécutés, quelle surveillance était exercée, comment le matériel était entretenu, et bon nombre d'autres circonstances ...¹⁷¹.

Dans les faits, l'Administration s'est vu forcée d'adopter des méthodes d'investigation plus complètes et plus rigoureuses¹⁷². Il est toutefois permis de penser qu'elle aurait toujours dû effectuer des enquêtes approfondies de ce genre pour que la poursuite puisse faire des observations plus pertinentes au sujet de la peine¹⁷³. D'autre part, le moyen de défense de diligence raisonnable a amené des procès plus longs et coûteux¹⁷⁴. L'accusé se trouve manifestement dans une position avantageuse pour éblouir le tribunal avec une défense faisant ressortir ses systèmes de protection de l'environnement précis et coûteux, alors que le poursuivant doit, dans une large mesure, répondre en défendant l'action ou l'inaction de l'Administration, dans l'espoir de dissiper l'impression favorable laissée par le témoignage de l'accusé. Pourtant, jusqu'ici, tout semble indiquer que le taux de condamnation n'a pas diminué depuis l'arrêt *Sault Ste-Marie*¹⁷⁵.

Avec le temps, il apparaît évident que le moyen terme imaginé par les tribunaux a en réalité rendu inutile, dans une large mesure, le recours à la responsabilité pénale «plus lourde». Comme les crimes, les infractions de responsabilité stricte en matière de pollution peuvent être assorties d'amendes sévères¹⁷⁶, voire de peines d'emprisonnement¹⁷⁷. Elles ne sont prises à la légère, de façon générale, ni par les

171. Voir J. Swaigen, «Procedure in Environmental Regulation», dans Finkle et Lucas, éd., *supra*, note 12 aux pp. 94-95.

172. Voir M. Jeffery, «Environmental Enforcement and Regulation in the 1980's: *Regina v. Sault Ste. Marie Revisited*» (1984) 10 *Queen's L.J.* 43 à la p. 68.

173. Cet argument a été avancé par M. Franson, R. Franson et A. Lucas, *Environmental Standards*, Edmonton, Environmental Council of Alberta, 1982 à la p. 192.

174. Voir Anthony, *supra*, note 114 à la p. 79 et Jeffery, *supra*, note 172 aux pp. 66-69.

175. *Ibid.*

176. Voir notamment la *Loi sur les pêcheries*, qui prévoit des amendes maximales de 100 000 \$ en cas de récidive (par. 33(5)).

177. Par exemple, *Loi sur la production et la conservation du pétrole et du gaz*, art. 49; *Loi sur les contaminants de l'environnement*, art. 8; *Loi sur le transport des marchandises dangereuses*, art. 6.

tribunaux¹⁷⁸ ni par les administrés¹⁷⁹, et la société condamne ignominieusement la conduite des pollueurs¹⁸⁰. On peut recourir à ces infractions pour punir l'acte de pollution, qu'il ait été intentionnel ou commis par négligence, sans qu'il soit nécessaire de prouver l'existence de l'élément moral, tâche difficile s'il en est. Enfin, en reconnaissant dans les infractions de pollution des délits civils et des infractions contre le bien-être public plutôt que des infractions criminelles, le juge Dickson a ouvert la voie à l'innovation en matière de détermination de la peine (encore que la preuve hors de tout doute raisonnable soit toujours nécessaire). A ce propos, citons Swaigen et Bunt :

Ainsi, en matière pénale, la Couronne est tenue de communiquer la preuve à la partie défenderesse tandis que l'accusé, lui, a le droit de garder le silence. De plus, il faut obtenir la délivrance de mandats de perquisition pour recueillir certains éléments de preuve. Par contre, en matière civile, il est normal que les parties divulguent les éléments de preuve qu'elles possèdent et produisent les écrits dont elles allèguent l'existence. De même, la différence entre ces deux types d'infractions peut justifier des renversements du fardeau de la preuve qui ne sauraient être tolérés en matière pénale. Par exemple, quand la Couronne est dans l'impossibilité de prouver la négligence de la défenderesse en raison de la complexité de la structure de la société, des accords commerciaux et des équipements antipollution, la Cour suprême fait supporter à la défenderesse la charge de prouver sa diligence raisonnable. Puisque seule la société commerciale est habituellement en mesure d'établir sa taille et ses ressources, les bénéfices qu'elle a réalisés par suite de l'infraction ainsi que les coûts et les bénéfices résultant du respect de la loi, il y aurait peut-être lieu de modifier certains aspects du processus de détermination de la peine, comme a) la charge de prouver la capacité de payer ou le gain illicite, qui incomberait désormais à l'accusé; b) la communication de la preuve en faveur de la Couronne; ou c) la tenue d'une audition séparée devant un autre fonctionnaire judiciaire (comme un protonotaire en matière civile), pour régler la question du montant de l'amende.

En outre, considérer les infractions contre le bien-être public comme des délits civils peut favoriser davantage le recours au processus de détermination de la peine en vue de pourvoir à l'indemnisation des victimes ou à la réparation des dommages. La thèse selon laquelle les tribunaux de juridiction pénale ne sont pas des «agences de perception» ne résiste pas à l'analyse si l'on attribue un caractère civil à ces infractions, car la poursuite «civile», au

178. Voir, par exemple, *R. v. United Keno Hill Mines Ltd.* (1980), 10 C.E.L.R. 43 (C. terr. Y.); *R. v. Panarctic Oils Ltd.*, *supra*, note 147.

179. Les fonctionnaires du ministère de l'Environnement de l'Ontario sont d'avis que de 80 % à 90 % des compagnies avec lesquelles ils travaillent entreprennent des programmes de dépollution entièrement volontaires : P. Ohlendorf, «Waste Not Want Not», *Report on Business Magazine* (août 1986) 2 à la p. 46.

180. Neil Mulvaney, Directeur du contentieux du ministère de l'Environnement de l'Ontario a déclaré ce qui suit : [TRADUCTION] «J'ai l'impression que la plupart des entreprises préfèrent éviter les poursuites pour plusieurs raisons, et l'amende n'en est qu'une parmi bien d'autres», tiré de Ontario Standing Committee on Resources Development, *Final Report on Acidic Precipitation, Abatement of Emissions From the International Nickel Company Operations at Sudbury, Pollution Control in the Pulp and Paper Industry, and Pollution Abatement at the Reed Paper Mill in Dryden*, octobre 1979 à la p. 67.

vrai sens du terme, comporte non seulement l'idée d'un redressement de torts, mais également celle d'une réparation sous la forme d'injonctions et de dommages-intérêts¹⁸¹.

Bref, le compromis élaboré par la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Sault Ste-Marie* a changé le visage de la protection de l'environnement au Canada, forçant l'Administration à modifier ses pratiques et les tribunaux à revoir leur interprétation, et adaptant les textes d'incrimination en matière de pollution en fonction des caractéristiques propres aux personnes morales. Au reste, d'autres développements découlant de cette décision seraient encore à venir.

b) *La preuve*

En matière de pollution, la condamnation ou l'acquittement dépend souvent de la capacité (ou de l'incapacité) de la Couronne de prouver qu'un rejet donné constitue un fait de pollution au sens de la loi ou des règlements, ce qui peut s'avérer une tâche extrêmement difficile. Considérons, pour illustrer notre propos, l'interprétation donnée par les tribunaux à la *Loi sur les pêcheries* fédérale dans laquelle la pollution des eaux correspond à l'immersion de «substances nocives» dans des eaux où vivent des poissons. L'expression «substance nocive» est définie au paragraphe 33(11) de la Loi comme suit :

a) toute substance qui, si elle était ajoutée à une eau, dégraderait ou modifierait ou contribuerait à dégrader ou à modifier la qualité de cette eau de façon à la rendre nocive, ou susceptible de le devenir, pour le poisson ou son habitat ou encore à rendre nocive l'utilisation par l'homme du poisson qui vit dans cette eau, ou

b) toute eau qui contient une substance en une quantité ou concentration telle, ou qui, à partir de son état naturel, a été traitée, transformée ou modifiée par la chaleur ou d'autres moyens d'une façon telle que si elle était ajoutée à une autre eau, elle dégraderait ou modifierait ou contribuerait à dégrader ou à modifier la qualité de cette eau de façon à la rendre nocive, ou susceptible de le devenir, pour le poisson ou son habitat encore à rendre nocive l'utilisation par l'homme du poisson qui vit dans cette eau, et comprend notamment,

c) toute substance ou catégorie de substances prescrites en vertu de l'alinéa (12)a),

d) de l'eau qui contient une substance ou une substance d'une catégorie en quantités ou en concentrations égales ou supérieures aux normes prescrites en vertu de l'alinéa (12)b), et

e) de l'eau traitée, transformée ou modifiée dans les circonstances prévues à l'alinéa (12)c);

Ainsi, la pollution des eaux se définit en fonction de ses effets nocifs sur le «poisson» (ou son utilisation par l'homme), ou sur l'«habitat» du poisson. Ces deux termes ont

181. Voir Swaigen et Bunt, *supra*, note 75 aux pp. 50-51. Dans ce passage, les auteurs n'ont pas établi de distinction entre l'acte criminel et l'infraction punissable par procédure sommaire. Il convient de noter que le moment et la portée de la divulgation de la preuve de la poursuite diffèrent selon le type d'infraction : les infractions punissables par procédure sommaire ne donnent pas lieu à la tenue d'une enquête préliminaire.

été définis de façon compréhensive par le législateur de manière à viser toutes les formes de vie aquatique¹⁸².

Les tribunaux se sont vus aux prises, en de nombreuses occasions, avec l'interprétation du terme «substance nocive». Il ressort de ces décisions diverses, et parfois contradictoires, que la définition en termes juridiques de la pollution est une tâche bien ardue pour le législateur et les tribunaux. On aura remarqué d'emblée que, réduite à ses éléments essentiels, la définition de l'expression «substance nocive» formulée au paragraphe 33(11) est foncièrement tautologique :

«substance nocive» désigne toute substance qui, si elle était ajoutée à une eau dégraderait [...] cette eau de façon à la rendre nocive [...] pour le poisson...

Le problème demeure entier : qu'entend-on par le mot «nocive»? Comme l'a dit le juge Seaton dans l'affaire *R. v. MacMillan Blædel (Alberni) Ltd.*¹⁸³, [TRADUCTION] «Je dois souscrire à l'avis exprimé par le juge de la Cour provinciale, selon lequel il est maladroit d'employer dans une disposition définitoire le mot qui y est défini.»

D'autres ambiguïtés d'ordre définitionnel ont encore ajouté à l'incertitude dans laquelle se trouvaient déjà le ministère public et les tribunaux. Des décisions incompatibles ont été rendues sur la question de savoir si la Couronne devait prouver qu'une substance était nocive *dans les eaux réceptrices en question*. Le problème résulte du passage suivant du paragraphe 33(11) : «[...] "substance nocive" désigne toute substance qui, si elle était ajoutée à une eau...» Dans l'affaire *R. v. Imperial Oil Enterprises Ltd.*¹⁸⁴, le juge Kimball de la Cour de magistrat de la Nouvelle-Écosse a décidé que la Couronne devait démontrer que l'eau *dans laquelle le rejet a eu lieu* avait été rendue nocive. À l'opposé, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a jugé qu'il n'était pas nécessaire de vérifier si l'eau réceptrice était elle-même devenue nocive, pour peu qu'il soit prouvé que la substance est nocive dans *n'importe quelle eau*¹⁸⁵. Bien qu'il semble plus logique de demander au poursuivant de prouver la présence d'une substance nocive dans l'eau réceptrice, l'argument de la Cour d'appel se défend au regard d'une interprétation stricte du paragraphe 33(11). Jusqu'à ce que le sens de cette disposition soit précisé, les tribunaux, le ministère public et les accusés demeureront dans l'incertitude.

Même lorsque l'élimination du poisson est établie, la preuve hors de tout doute raisonnable qu'une substance est nocive peut s'avérer compliquée. La Couronne doit encore convaincre la Cour de l'existence d'un lien entre le rejet en question et la

182. *Loi sur les pêcheries*, art. 2 : «[...] «poisson» comprend les mollusques, les crustacés et les animaux marins ainsi que leurs œufs, le frai ou le naissain» par. 31(5) : «[...] «habitat des poissons» désigne les frayères, les réserves de nourriture et les aires d'alevinage, d'élevage et de migration dont dépend directement ou indirectement la survie des poissons».

183. (1979), 2 F.P.R. 182 aux pp. 184-185 (C.A. C.-B.).

184. (1978), 2 F.P.R. 155 (C. mg. N.-É.).

185. *Supra*, note 183.

disparition du poisson¹⁸⁶. Cette tâche est encore plus difficile s'il n'y a eu aucun appauvrissement quantitatif évident du peuplement animal. Une substance peut être nocive pour les poissons sans être immédiatement mortelle. Faute de pouvoir produire des documents prouvant l'élimination du poisson, la poursuite doit se contenter d'indices plus nébuleux tels la «fertilité réduite» et la «durée de vie abrégée¹⁸⁷».

La preuve de la nocivité d'une substance pour le poisson peut être longue, complexe et coûteuse, car elle nécessite des essais en laboratoire et le témoignage d'experts. Les tribunaux s'attendent au même degré de rigueur professionnelle qu'en matière de stupéfiants lorsqu'il s'agit d'obtenir, de transférer, d'analyser, de conserver et de produire des preuves dans le contexte des délits de pollution¹⁸⁸. Et comme il n'y a pas une seule définition de la pollution qui soit scientifiquement admise, les résultats des essais en laboratoire et les témoignages des experts peuvent souvent être contestés¹⁸⁹.

Le paragraphe 33.2(11) de la *Loi sur les pêcheries* autorise le Ministre à désigner des «analystes» qui devront produire des certificats attestant qu'ils ont analysé une substance. En vertu de ce paragraphe, les certificats sont admissibles en preuve et «établissent l'exactitude de leur contenu jusqu'à preuve du contraire». Cependant, cette solution ne semble accélérer le cours des procédures que si la partie à laquelle le certificat est opposé ne décide pas de contester le certificat ni son contenu¹⁹⁰. Jusqu'ici, aucun certificat prévu par le paragraphe 33.2(11) n'a été délivré.

En outre, la Loi prévoit que certaines substances peuvent être déclarées nocives dans les règlements¹⁹¹. Citons, par exemple, l'article 3 du *Règlement sur les effluents des fabriques de pâtes et papiers* qui désigne comme substances nocives les «solides en suspension de toute nature», les «déchets de matières organiques décomposables par oxygénation» et les «déchets toxiques». De même, l'arsenic, le cuivre, le plomb, le

186. Voir, par exemple, *R. v. Reichhold Chemicals (Canada) Ltd.* (1969), 1 F.P.R. II, 1 (C.P. C.-B.). En dépit des preuves établissant la destruction du poisson, l'accusée a été acquittée en raison de difficultés pratiques relatives à la preuve.

187. Pour un excellent résumé de certains des effets délétères mais non mortels connus sur le saumon, voir l'article de Tom Reimchen, «Mud in Your Stream of Vision», *All Alone Stone* (printemps 1980), aux pp. 7-14.

188. *R. v. Vancouver Wharves Ltd.*, décision non publiée, j. Morrison, 80-05-27 n° 4023 (C. prov. C.-B.), citée dans Kolankiewicz, *Implementation of British Columbia's Pollution Control Act, 1967 in the Lower Fraser River*, thèse de maîtrise, faculté des études supérieures, School of Community and Regional Planning, université de la Colombie-Britannique, 1983.

189. Par exemple, dans une décision de la Cour provinciale de la Colombie-Britannique de 1969, le juge Shaw a acquitté l'accusée parce que les méthodes d'essai utilisées se sont avérées [TRADUCTION] «insatisfaisantes» et «non concluantes», *supra*, note 186 à la p. 2. Voir également *R. v. Cardinal River Coals* (1972), 1 F.P.R. II, 13 à la p. 14 (C. prov. Alb.).

190. Le par. 33.2(12) dispose que le contrevenant présumé peut, avec l'autorisation du tribunal, assigner l'analyste à comparaître en vue de le contre-interroger. Le par. 33.2(13) exige que la partie qui se propose de produire un certificat donne au contrevenant présumé un préavis raisonnable de son intention, accompagné d'une copie du certificat.

191. Al. 33(11)c) et d), et par. 33(12).

nickel, le zinc, les matières en suspension et le radium 226 sont déclarés substances nocives par l'article 4 du *Règlement sur les effluents liquides des mines de métaux*¹⁹².

Même dans le cas d'une substance déclarée nocive, la preuve suscite des difficultés. La Couronne doit convaincre la cour que les substances déversées étaient bien celles que vise le règlement et que les concentrations réputées admissibles ont été dépassées. Elle doit de plus se conformer rigoureusement à la procédure prescrite par le règlement pour les essais de toxicité. Dans l'affaire *R. v. Irving Pulp and Paper (No. 1)*¹⁹³, la Cour provinciale du Nouveau-Brunswick a rejeté une accusation portée en vertu du paragraphe 33(2) parce que l'essai de toxicité effectué par la poursuite n'était pas parfaitement conforme à celui qui est prévu dans le *Règlement sur les effluents des fabriques de pâtes et papiers*, annexes IV et V.

De manière générale, il peut être raisonnable d'exiger une preuve hors de tout doute raisonnable en matière pénale. Mais dans un contexte aussi imprécis sur le plan scientifique que celui de la pollution, l'application de ce critère signifie qu'un bon nombre de substances potentiellement nocives pourront être déversées dans l'environnement sans que la cour puisse faire quoi que ce soit. Les juridictions pénales sont habituées aux préjudices et aux risques immédiats et démontrables qui sont associés au comportement criminel traditionnel. Aussi ne sont-elles peut-être pas le cadre idéal pour apprécier les préjudices moins évidents et moins tangibles qu'entraînent un bon nombre de polluants modernes. Cela dit, à mesure que les fonctionnaires, les tribunaux et les pollueurs se familiariseront davantage avec les textes d'incrimination, il se peut que ces difficultés s'aplanissent.

c) *La détermination de la peine*

Bien que l'arrêt *Sault Ste-Marie* ait clairement établi l'existence d'infractions de responsabilité stricte, distinctes des infractions criminelles, tout indique que certains tribunaux continuent, en pratique, de trancher les litiges relatifs à la répression de la pollution dans une optique pénale¹⁹⁴. À certains égards, cette attitude est à tout le moins compréhensible. Si les délits de pollution réprimés par la réglementation sont essentiellement «civils», il n'en demeure pas moins que celle-ci est mise en œuvre comme la loi pénale par le «truchement de la procédure criminelle»¹⁹⁵. Et comme les tribunaux chargés de juger les délits de pollution sont, la plupart du temps, aussi appelés à statuer sur des accusations portées en vertu du *Code criminel*, il est facile de

192. Voir *supra*, notes 31 et 32. Signalons toutefois que parce que les règlements sur les fabriques de pâtes et papiers et sur les mines de métaux ne s'appliquent pas légalement aux installations «existantes», la désignation de substances nocives ne peut être employée qu'à l'égard d'installations «modifiées», «remises en exploitation», «nouvelles» ou «à capacité ou production accrues». Cette question est plus approfondie dans Webb, *supra*, note 3, chap. V.

193. (1976), 2 F.P.R. 78 (C. prov. N.-B.).

194. Dans l'affaire *R. v. United Keno Hill Mines*, par exemple (*supra*, note 178 à la p. 46), le juge Stuart déclare nettement que [TRADUCTION] «la pollution est un crime». Pour une excellente étude sur la détermination de la peine en droit de l'environnement, voir Swaigen et Bunt, *supra*, note 75.

195. Voir l'arrêt *Sault Ste-Marie* à la p. 1302.

comprendre pourquoi les juges peuvent avoir tendance à traiter les délits de pollution comme des infractions criminelles.

Toutefois, il y a des dangers bien réels à saisir les mêmes tribunaux des infractions criminelles et des infractions réglementaires. Après une journée de causes criminelles plus traditionnelles, la gravité d'un délit de pollution pourrait s'estomper¹⁹⁶. La plupart des actes de pollution ne sont pas délibérés ni intentionnels, et il n'y a habituellement aucune preuve de préjudice¹⁹⁷. Au surplus, les accusés sont souvent des personnes morales respectables. Les peines imposées par les tribunaux en matière de pollution reflètent souvent ces facteurs. Ainsi, un juge a-t-il pu refuser de rendre une ordonnance visant à limiter les opérations d'une société pour les motifs suivants : [TRADUCTION] «[...] en l'espèce, la compagnie a montré qu'elle se préoccupait du problème, et elle a fait preuve d'une volonté fort louable en vue de réduire la pollution au minimum, tout en maintenant ses quotas de production et en continuant à contribuer par son apport sur le plan provincial au produit national brut¹⁹⁸». Un autre juge a fait remarquer ce qui suit : [TRADUCTION] «[...] si cette preuve [un préjudice réel pour l'environnement] avait, dans les faits, été faite. Je pense que le montant de l'amende aurait été beaucoup plus élevé que celui que j'envisage d'imposer à l'heure actuelle¹⁹⁹». Rappelons toutefois que les tribunaux semblent exprimer une impatience sans cesse grandissante à l'endroit des entreprises polluantes (voir ci-dessus, p. 35).

En réalité, il se peut que les tribunaux soient un théâtre particulièrement mal choisi pour la résolution des problèmes de pollution continue. C'est ce que fait bien ressortir le juge Harrigan de la Cour provinciale du Nouveau-Brunswick :

[TRADUCTION]

[...] Votre propre témoin a admis que même si les autorités de la fabrique déployaient tous les efforts possibles, la situation [pollution continue] ne pourrait être redressée avant un an et demi. Dans ces conditions je me pose la question suivante : pouvez-vous raisonnablement porter une autre accusation au cours de cette période et espérer obtenir une condamnation? D'une part, vous ne prétendez pas sérieusement que je devrais tenter d'appliquer le paragraphe 7 [pouvoir de rendre une ordonnance conféré au tribunal et d'autre part, par la déposition de votre propre témoin, vous avez pratiquement fait vos-même obstacle à la condamnation de la fabrique pour chaque jour supplémentaire où elle aurait pollué les eaux : il lui suffit d'alléguer qu'à la suite de l'imposition d'une amende le 15 avril 1977, elle fait tous les efforts possibles pour résoudre le problème²⁰⁰].

En matière de lutte antipollution la détermination de la peine est un processus très subjectif. Les textes législatifs n'offrent aux tribunaux aucune indication sur l'utilisation des pouvoirs qui leur sont conférés à cet égard. Les remarques inidentiques tirées de la

196. Voir à ce sujet, Canada, *Rapport final de la Commission sur la politique de pêches du Pacifique : Pour remonter le courant : Une nouvelle politique des pêches canadiennes du Pacifique*, Ottawa, Approvisionnement et Services Canada, sept. 1982 (Commissaire : P.H. Pears) à la p. 248.

197. Voir *supra*, note 75.

198. Voir *R. v. Cardinal River Coals Ltd.*, *supra*, note 189 à la p. 18.

199. Voir *R. v. Canadian Forest Products Ltd.*, jugement non publié, 31 octobre 1980 (C. prov. C.-B.), le juge Johnson.

200. Voir *R. v. Irving Pulp and Paper Ltd. (No. 2)*, *supra*, note 81 à la p. 98.

jurisprudence peuvent s'avérer utiles, mais la diversité des facteurs à considérer et la divergence des attitudes adoptées par le passé peuvent, loin d'éclairer le débat, embrouiller davantage les choses. Ainsi, un juge a manifesté son exaspération en ces termes : [TRADUCTION] «À mon avis, il est impossible d'en arriver à une décision qui soit identique à celle qu'aurait prise un autre juge. J'estime, malheureusement, qu'il s'agit d'un processus assez conjectural²⁰¹».

Avec le temps, il se peut que ce processus conjectural soit remplacé par un ensemble de critères plus rationnels en ce qui concerne la détermination de la peine. Il convient de remarquer que lorsqu'un plaidoyer de culpabilité est inscrit, la peine est négociée entre les parties concernées, et la plupart du temps, les tribunaux retiendront la peine proposée par la Couronne²⁰².

L'imprévisibilité de la peine, de même que la longueur, les frais et l'incertitude liés à la preuve, font qu'il est difficile pour les fonctionnaires, sauf dans les cas les plus clairs, les situations les plus flagrantes, de s'en remettre aux tribunaux pour assurer au jour le jour l'exécution de la loi, comme cela est courant pour les affaires criminelles classiques.

(2) Les tribunaux et la lutte contre la pollution

Contrairement à l'application de la loi par la police, laquelle est plus traditionnelle et met en jeu des contacts réduits au minimum et très formalistes avec les criminels (par exemple, l'agent de police qui fait lecture de ses «droits» à la personne arrêtée), les rapports entre l'Administration et l'industrie sont suivis et d'ordinaire informels. Et à mesure que les relations entre l'Administration et l'industrie s'intensifient, les occasions de crier à l'injustice administrative augmentent.

Deux théories juridiques reprenant des notions d'équité se prêtent particulièrement bien au processus de décision relatif à la lutte antipollution : «l'équité procédurale» et «l'abus de procédure». La première s'applique très clairement au processus décisionnel administratif (par exemple, la négociation et la mise en œuvre des permis, licences, arrêtés d'intervention, approbations de programmes, etc.), alors que la seconde théorie vise tout particulièrement le processus décisionnel en matière de poursuites.

a) *L'équité procédurale*

Dans l'arrêt *Nicholson c. Haldimand-Norfolk Regional Board of Commissioners of Police*²⁰³, rendu en 1979, la Cour suprême du Canada a décidé que même en l'absence de procédures prévues par la loi pour déterminer les obligations d'un comité des

201. Voir *R. v. Whonnock Lumber Company* (1971), 1 F.P.R. III-1A à la p. 1 (C. prov. C.-B.), le juge Guinet.

202. D'après John Swaigen, procureur au ministère de l'Environnement de l'Ontario, entretien privé avec l'auteur, août 1987.

203. (1978), [1979] 1 R.C.S. 311.

services de police municipale à l'égard de l'agent de police congédié pendant sa période de stage, l'agent de police avait le droit de savoir pourquoi il avait été congédié et de présenter une défense. L'affaire *Nicholson* est une décision marquante en droit administratif canadien parce qu'elle annonçait l'abandon d'un principe jusqu'alors bien accepté, savoir qu'aucune obligation d'équité procédurale ne se rattachait, en common law, aux décisions administratives ayant des effets sur les droits des intéressés, sauf si les décisions étaient de nature judiciaire ou quasi judiciaire (c'est-à-dire, si elles correspondaient à la décision judiciaire classique qui détermine les droits des parties)²⁰⁴.

Il semble que l'arrêt *Nicholson*, conjugué à plusieurs autres décisions qui l'ont suivi²⁰⁵, aura eu pour effet de forcer les fonctionnaires, qui jusqu'ici étaient à l'abri de tout contrôle judiciaire, à faire preuve d'un minimum d'équité procédurale dans bon nombre de leurs décisions administratives²⁰⁶. La théorie a donc été appliquée au profit des administrés et de certains tiers intéressés.

L'affaire *Re Macfarlane and Anchor Cap & Closure Corp. of Canada*²⁰⁷ illustre bien le processus de négociations, formelles et informelles, qui sous-tend les accords visant à réduire la pollution, ainsi que la surveillance exercée par les tribunaux sur ce processus. En 1977, le directeur du ministère de l'Environnement de l'Ontario et Anchor Cap ont négocié les modalités d'un arrêté d'intervention conformément aux dispositions de la *Loi de 1971 sur la protection de l'environnement*. Aux termes de l'arrêté, Anchor Cap devait mettre en place de l'équipement pour réduire la pollution provoquée par ses installations. Par la suite, à la demande de l'entreprise, le directeur avait repoussé le délai pour l'installation du matériel en modifiant l'arrêté.

Au moment où le deuxième délai tirait à sa fin, Anchor Cap avait à nouveau demandé la modification de l'arrêté. Suivant les directives du Ministère, Anchor Cap avait présenté une demande de vingt pages à laquelle était joint un rapport d'ingénieur expliquant la situation de la compagnie. Le directeur avait rejeté la demande, et Anchor Cap, entendant faire valoir ses droits en vertu de la *Loi sur la protection de l'environnement*, avait formé un appel devant la Commission d'appel de l'environnement. La loi ne prévoyait pas expressément de mécanisme d'appel contre le refus administratif de modifier un arrêté d'intervention avant que la Commission ne se soit prononcée sur le bien-fondé de l'appel.

204. Voir, de manière générale, D. Mullan, «The Developing Law of Procedural and Substantive Fairness» dans E. Case, P. Finkle, A. Lucas, éd., *Fairness in Environmental and Social Impact Assessment Processes*, Calgary, Canadian Institute of Resources Law, 1983, 15.

205. Par exemple, *M.R.N. c. Coopers and Lybrand* (1978), [1979] 1 R.C.S. 495; *Martineau c. Comité de discipline de Matsqui* (1979), [1980] 1 R.C.S. 602; *Proc. gén. du Can. c. Inuit Tapirisat* (1980), [1980] 2 R.C.S. 735.

206. La question de savoir dans quelle mesure exactement la théorie de l'équité procédurale s'applique au processus décisionnel administratif n'a pas encore été tranchée. Mullan, *supra*, note 204, fait remarquer que jusqu'ici, les répercussions de l'affaire *Nicholson* se sont fait principalement sentir sur les décisions très individualisées et non sur les questions de politique plus générales.

207. (1981), 33 O.R. (2d) 317 (C. div.).

La compétence de la Commission d'appel de l'environnement ayant été contestée par voie de question préliminaire, celle-ci a jugé que le refus de modifier un arrêté constituait lui-même un arrêté susceptible d'appel. Le directeur a alors formé un pourvoi devant la Cour divisionnaire pour faire casser la décision de la Commission. La Cour a maintenu la décision au motif qu'une procédure formelle et coûteuse nécessitant la présentation par Anchor Cap d'une demande de vingt pages et d'un rapport d'ingénieur, tous deux soumis par la suite à un examen attentif, avait *effectivement* des répercussions importantes pour Anchor Cap et que cette procédure était donc assimilable à un arrêté d'intervention susceptible d'appel.

Il y a tout lieu de présumer que les raisons motivant la demande de modification de l'arrêté présentée par l'auteur des déversements dans l'affaire *Anchor Cap* étaient tout à fait honnêtes. Il n'en reste pas moins que la compagnie qui aurait voulu retarder l'installation d'un équipement antipollution en application d'un arrêté d'intervention, aurait fort bien pu tirer parti de la décision rendue dans l'affaire *Anchor Cap* en formant des appels inutiles, puisque l'appel suspend l'exécution de l'arrêté jusqu'à ce que la Commission statue sur le fond²⁰⁸. La législation a été modifiée depuis : la décision de modifier un arrêté n'est pas considérée comme un arrêté susceptible d'appel²⁰⁹.

Le jugement *Anchor Cap* et d'autres décisions²¹⁰ montrent bien comment le contrôle judiciaire du processus de réglementation antipollution peut forcer les administrateurs à faire preuve de plus de rigueur dans les négociations. Ceux-ci devront en effet se montrer très vigilants à l'égard du langage employé, du choix des fonctionnaires et des exigences faites aux pollueurs, établir à l'avance des procédures en cas de silence de la loi, et prendre conscience du fait que les conséquences de leurs actions officielles et informelles peuvent grandement influencer sur l'image qu'ils projettent, du point de vue de l'équité dans leurs rapports avec les pollueurs.

Quels sont les effets de la théorie de l'équité procédurale sur les tiers désireux de participer aux négociations en vue de l'observation de la loi? À l'heure actuelle, le facteur déterminant pour les tribunaux semble être la nature de l'intérêt des tiers. Les personnes ou les groupes qui seraient concernés par la décision prise à l'issue des négociations (par exemple, l'attribution d'un permis ou la prise d'un arrêté d'intervention) ont plus de chances de bénéficier des garanties d'équité procédurale comme l'obligation de donner un préavis, celle d'entendre les intéressés et celle de motiver les décisions rendues. Par exemple, les concurrents, les propriétaires ou les utilisateurs qui seraient particulièrement touchés par une décision devraient avoir

208. Cette possibilité d'abus a été signalée par Swaigen, dans «Procedure in Environmental Regulation» dans Finkle et Lucas, éd., *supra*, note 12 à la p. 88.

209. Voir le par. 122(3) de la *Loi sur la protection de l'environnement* ontarienne, introduit par S.O. 1983, c. 52, art. 17.

210. Par exemple, *Monsanto Canada Inc. v. Canada* (1986), 1 F.T.R. 63.

priorité sur les groupes de défense de l'environnement dont l'intérêt est simplement général²¹¹.

À titre d'exemple, signalons l'affaire *Re Islands Protection Society v. The Queen*²¹². En raison de leur utilisation et occupation de longue date des terres en cause aux fins de la pêche, on a reconnu à des trappeurs indiens agréés l'intérêt pour demander un redressement à la suite d'une demande de renouvellement du permis de coupe d'une ferme forestière. Dans la même affaire, par contre, la cour a jugé qu'un groupe de citoyens habitant la région et militant pour la protection de l'environnement naturel n'avait pas l'intérêt suffisant pour ester en justice. Depuis cette décision, les associations de défense de l'intérêt public qui n'arrivent pas à convaincre le tribunal de leur intérêt particulier ont été, de manière assez systématique, jugées irrecevables à arguer de la théorie de l'équité procédurale pour participer au processus administratif.

L'arsenal des garanties procédurales liées à l'équité, notamment la possibilité d'être informé de l'existence d'une décision imminente pouvant porter atteinte aux intérêts de la personne notifiée, la possibilité de présenter des observations aux décideurs de l'Administration et d'obtenir communication des motifs de la décision rendue, peut, à court terme, sembler avoir pour conséquence de ralentir les négociations, de les rendre moins efficaces. À long terme, pourtant, un processus de négociation plus ouvert et plus complet permet de prendre une décision plus éclairée dont la légitimité est plus évidente aux yeux des parties intéressées et du public en général.

Si les tribunaux n'ont pas encore jugé bon d'autoriser les tiers à participer pleinement au processus de négociation au nom de la théorie de l'équité procédurale, certains indices permettent néanmoins de penser que les ministères s'apprentent à introduire de leur propre chef des procédures qui rendront plus accessible le processus décisionnel administratif²¹³.

211. Voir Mullan, *supra*, note 204 à la p. 25. Parmi les affaires où il était question de l'intérêt des tiers, citons également : *Re Greenpeace Foundation of British Columbia and Minister of the Environment* (1981), 122 D.L.R. (3d) 179 (C.S. C.-B.) et *Re Village Bay Preservation Society and Mayne Airfield* (1982), 136 D.L.R. (3d) 729 (C.S. C.-B.); *Sierra Club of Western Canada v. R. in Right of B.C.* (1984), 54 B.C.L.R. 82 (C.S.); *Sea Shepherd Conservation Society v. R. in Right of British Columbia and Minister of Environment* (1984), 55 B.C.L.R. 260 (C.S.); *Re Narain* (1983), 45 B.C.L.R. 191 (C.S.).

212. (1979), 98 D.L.R. (3d) 504 (C.S. C.-B.).

213. On ne peut donner de meilleur exemple que celui du ministère de l'Environnement de l'Ontario, qui a instauré une nouvelle politique exigeant un débat public au sujet de la plupart des arrêtés d'intervention modifiés ou nouveaux. Malheureusement, la difficulté réside dans le fait que le public participe au débat seulement après la fin des négociations. Ministère de l'Environnement, *Policy Manual: Pollution Abatement Program*, art. 1.9, p. 05-02-07.

b) *L'abus de procédure*

Dans au moins trois poursuites relatives à la répression de la pollution²¹⁴, la décision prise par les autorités d'abandonner les négociations pour prendre des mesures unilatérales d'application de la loi a été contestée pour abus de procédure. Au cœur du débat se situait la question de savoir si les auteurs des déversements pouvaient être poursuivis malgré le respect évident des conditions des ententes négociées. Deux de ces affaires sont relatées ci-dessous, car elles mettent en lumière certaines des lacunes inhérentes à un régime mixte (négociation-mise en application autoritaire).

Dans *R. v. Rayonier*, des fonctionnaires fédéraux avaient participé à l'élaboration d'un échéancier de mise en application progressive de la loi négocié entre la province et la fabrique de pâtes et papiers Rayonier située en Colombie-Britannique. On a fait valoir que le Ministre fédéral avait assuré son homologue provincial qu'aucune procédure en vertu de la *Loi sur les pêcheries* fédérale ne serait intentée contre l'accusée à condition que les exigences provinciales tiennent compte des préoccupations fédérales. Or, les seuils de toxicité prévus par les normes fédérales n'ont pas été précisés dans le permis provincial. Le SPE a alors engagé des procédures en dépit du fait que les modalités de l'échéancier provincial avaient apparemment été respectées. La cour a décidé que la poursuite intentée par les autorités fédérales ne constituait pas un abus de procédure, qu'il y avait eu transgression des dispositions du paragraphe 33(2) de la *Loi sur les pêcheries* et que, par conséquent, la fabrique Rayonier était coupable de l'infraction reprochée. Aucune disposition de la *Loi sur les pêcheries* ni du *Règlement sur les effluents des fabriques de pâtes et papiers* ne prévoit d'immunité contre les poursuites même lorsqu'un échéancier conventionnel est respecté²¹⁵.

Deux caractéristiques particulières de l'affaire *Rayonier* pourraient expliquer la décision du juge. En premier lieu, il n'a pas été prouvé que les fonctionnaires fédéraux avaient donné *directement* à l'accusée l'assurance qu'elle ne serait pas poursuivie en vertu de la *Loi sur les pêcheries*. Il semble que cet engagement ait été convenu entre les ministres fédéral et provincial concernés. Rayonier n'était pas partie à l'entente et on pouvait donc soutenir qu'elle n'était pas recevable à l'invoquer pour faire rejeter l'action du SPE. En second lieu, l'échéancier en question ne liait en droit que les représentants provinciaux et ceux de Rayonier. Apparemment, on envisageait d'établir ultérieurement des normes *fédérales* distinctes pour Rayonier. Le SPE reprochait notamment au permis provincial de ne pas restreindre suffisamment les polluants toxiques²¹⁶. Le juge Bowen-Colthurst de la Cour provinciale de la Colombie-Britannique a déclaré ce qui suit :

214. *R. v. Rayonier* (1974), 1 F.P.R. II 25 (C. prov. C.-B.); *Re Abitibi Paper Company and the Queen* (1979), 24 O.R. (2d) 742 (C.A.); *R. v. Johns-Manville Canada, Inc.* (1980), 9 C.E.L.R. 137 (C. prov. Ont.).

215. En Ontario, jouit de l'immunité aux termes du par. 146(2) la personne qui se conforme intégralement aux conditions d'un arrêté ou d'une autorisation de programme délivrés en vertu de la *Loi sur la protection de l'environnement* (art. 6, 9 et 10). Voir aussi l'art. 116.2 de la *Loi sur la qualité de l'environnement* du Québec, pour ce qui est des «programmes d'assainissement approuvés».

216. Transcription non publiée, 6 mars 1974, pp. 22 et 29, avocat de la Couronne Digby Kier. Voir Webb, *supra*, note 3 à la p. 437.

[TRADUCTION]

La défense prétend que les autorités fédérales avaient dans les faits accepté ces normes [provinciales] qui, même respectées, ne remplissent pas les critères du paragraphe 33(2) de la *Loi sur les pêcheries*, et que dans ces circonstances, la poursuite constitue un abus de procédure. Je ne puis souscrire à ce point de vue. À mon avis, la participation des autorités fédérales qui, en l'espèce, sont intervenues dans l'élaboration des normes provinciales, ne correspond pas à un consentement, pas plus d'ailleurs que la décision prise par les autorités fédérales d'établir des règles similaires²¹⁷.

Le juge n'a pas indiqué dans quelles circonstances il y aurait eu abus de procédure.

La deuxième affaire où l'on a fait valoir le moyen de défense d'abus de procédure en matière de lutte antipollution est la décision *Re: Abitibi Paper Company and the Queen*²¹⁸. Cette cause portait sur une loi ontarienne qui prévoyait expressément une immunité contre les poursuites dans certaines circonstances. L'accusée, qui exploitait une fabrique de pâtes et papiers, avait entamé des discussions avec un haut fonctionnaire du ministère de l'Environnement ontarien au sujet d'un programme d'améliorations à apporter au système de traitement secondaire des effluents pour enrayer la pollution d'une rivière. À la suite d'une série de rencontres, l'accusée avait proposé de commencer un programme qui avait été approuvé par le fonctionnaire. Pour éviter tout retard inutile, les travaux ont été entrepris avant que l'autorisation officielle du directeur n'ait été obtenue.

Lorsqu'un programme est approuvé par le directeur en vertu de certaines dispositions de la *Loi sur la protection de l'environnement* ontarienne, l'accusé ne peut pas être poursuivi pendant les travaux. Dans une lettre adressée à l'accusée, le haut fonctionnaire avait informé celle-ci que si les travaux n'étaient pas achevés le 31 décembre 1976 comme convenu, le Ministère prendrait un arrêté d'intervention pour assurer l'achèvement des travaux, et qu'en cas de manquement aux modalités de l'arrêté, l'accusée ferait l'objet de poursuites. En novembre 1976, le fonctionnaire a rencontré l'ingénieur de l'accusée et s'est dit satisfait de l'avancement des travaux. Au cours du même mois, l'accusée se voyait inculpée en vertu de la *Loi de 1971 sur la protection de l'environnement*.

En somme, des poursuites ont été intentées malgré la conclusion, entre Abitibi et un représentant des autorités provinciales, d'une entente informelle établissant un calendrier en vue de l'observation progressive de la Loi, et malgré le respect des modalités de cette entente. La Cour d'appel de l'Ontario a jugé que même si l'accord négocié n'était pas visé par les dispositions de la *Loi de 1971 sur la protection de l'environnement* prévoyant une immunité contre les poursuites, l'action intentée dans ces circonstances constituait néanmoins un abus de procédure, et qu'il convenait donc d'y mettre fin.

217. Voir *R. v. Rayonier*, *supra*, note 214 à la p. 29.

218. *Supra*, note 214.

Le jugement de la Cour repose sur la distinction faite entre les procédures *pénales* et les procédures *civiles*. Se réclamant de l'arrêt *Rourke c. La Reine*²¹⁹ rendu par la Cour suprême du Canada en 1977, la Cour a décidé que le pouvoir des tribunaux de suspendre des poursuites *pénales* pour abus de procédure avait été jugé très limité. Dans l'affaire *Abitibi*, les trois juges se sont donc fait un devoir de bien préciser le caractère *civil*²²⁰ des procédures relatives à la *Loi de 1971 sur la protection de l'environnement*. Selon la Cour, si la procédure concerne une loi provinciale, il s'agit forcément d'une procédure civile. Cette distinction faite, la Cour a décidé que les faits décrits dans l'affaire *Abitibi* correspondaient à un abus de procédure. En *obiter*, l'un des trois juges (le juge Jessup) s'est demandé si des circonstances comme celles de l'affaire *Abitibi* constitueraient un abus de procédure en matière *pénale*; il a conclu par l'affirmative.

Tout compte fait, les affaires *Rayonier* et *Abitibi* fournissent quelques indices mais peu de réponses concluantes sur l'application de la théorie de l'abus de procédure aux poursuites pour pollution. Si l'on fait la synthèse de ces deux jugements, il semble que les tribunaux se poseront les questions suivantes pour décider s'il y a véritablement abus de procédure : Qui a donné l'assurance d'une immunité contre les poursuites (c'est-à-dire quel était le niveau du fonctionnaire, de quel palier de gouvernement)? À qui cette assurance a-t-elle été donnée (par exemple, a-t-elle été donnée directement au pollueur ou à un fonctionnaire d'un autre palier de gouvernement)? En vertu de quel pouvoir le fonctionnaire a-t-il donné cette assurance (la législation accordait-elle une immunité contre les poursuites dans certains cas)? Quelle était la nature de l'assurance donnée (s'agissait-il d'une immunité contre les poursuites intentées tant par les autorités fédérales que provinciales, ou d'une immunité visant les poursuites déclenchées en vertu d'une législation spécifique dans certaines circonstances convenues)? Qui a intenté les poursuites (les fonctionnaires fédéraux, provinciaux, du même ministère ou d'un autre ministère)? En vertu de quelle législation les poursuites ont-elles été intentées?

En somme, aux yeux du fonctionnaire qui essaie de conclure un accord avec un pollueur pour résoudre un problème de pollution, la «judiciarisation» de la lutte antipollution formalise les négociations, ralentit l'administration et neutralise l'effet des concessions faites de part et d'autre. Certes, l'instinct de survie motive en partie la méfiance du fonctionnaire envers les tribunaux qui ont en fait pour mission de faire obstacle à l'action arbitraire et inéquitable de l'Administration. Cela dit, on ne saurait repousser son point de vue à la légère. Pour le tribunal, la justice repose sur le modèle judiciaire, avec son formalisme et ses débats contradictoires. Mais si les accords et les compromis informels que concluent les fonctionnaires peuvent ne pas correspondre à l'idée que se font les tribunaux d'un processus équitable, il n'en reste pas moins que dans un monde qui exige de plus en plus que des décisions éclairées soient prises très rapidement, ces accords sont généralement efficaces. Quoi qu'il en soit, il est important que l'action administrative s'accomplisse d'une manière qui soit à la fois transparente.

219. (1977), [1978] 1 R.C.S. 1021; l'affaire *Rourke* est une décision marquante de la Cour suprême du Canada, qui a décidé que le pouvoir des tribunaux de suspendre une poursuite pénale pour abus de procédure, si pouvoir il y avait, était extrêmement limité.

220. Dans l'arrêt *Sault Ste-Marie*, *supra*, note 153; le juge Dickson est d'avis que les infractions de responsabilité stricte sont de nature civile.

responsable et efficace. Il s'agit de réaliser l'équilibre entre la souplesse et une action équitable et transparente.

À long terme, la contestation judiciaire de l'action des fonctionnaires dans la lutte antipollution semble entraîner une rationalisation de la pratique administrative. Notamment, on se soucie davantage du choix du négociateur, de ce qui est dit (par exemple, des assurances qui sont données) et de la façon de le dire (par exemple, préciser les modalités dans l'arrêté d'intervention et non pas se contenter de les mentionner à l'occasion d'une conversation téléphonique).

D. Les facteurs non juridiques

L'examen des problèmes liés aux règles de droit et aux tribunaux ne permet d'élucider que partiellement l'écart entre la pratique et la théorie. En définitive, ce sont des facteurs non juridiques tels la volonté politique, la tendance du gouvernement à favoriser le développement, de même que le malaise des fonctionnaires à l'égard des processus juridiques, qui peuvent expliquer, mieux que les faiblesses de la législation, la façon dont celle-ci est mise en œuvre en pratique. Comme ces facteurs non juridiques échappent au domaine du présent document, nous ne les évoquerons ici que brièvement.

(1) Les facteurs politiques

Certains commentateurs ont fait remarquer que l'élaboration des lois elle-même est le produit de compromis politiques. Il s'ensuit que la législation antipollution contient des déclarations générales, séduisantes sur le plan politique mais inapplicables sur le plan administratif, laissant alors les décisions difficiles aux fonctionnaires et aux tribunaux²²¹. Paul Pross, professeur d'administration publique à l'université Dalhousie souligne ce qui suit :

[TRADUCTION]

Pressés par des groupes importants d'attaquer des questions à la fois primordiales mais susceptibles de semer le désaccord, les gouvernements ont jugé nécessaire de réduire la législation à sa plus simple expression et ne comportant aucune disposition dont le détail puisse prêter à la contestation. Ce genre de texte législatif apaise tout le monde mais ne satisfait personne, surtout pas les fonctionnaires qui doivent élaborer des règlements et en négocier l'application. Frustrés par les résultats mitigés de leurs efforts, leur échec semble

221. J.F. Garner et A.R. Galbraith, dans *Judicial Control of the Administrative Process*, Oxford, Ditchley Foundation, 1969, écrivent ce qui suit :

[TRADUCTION]

Il semblait admis dans la discussion que souvent, le Congrès ne souhaitait pas que l'organisme ou le ministère applique les dispositions de la loi d'habilitation de façon aussi générale que le permettait manifestement le libellé de la loi. Il s'attendait plutôt à ce qu'un équilibre soit atteint, à ce que la mise en œuvre soit quelque peu moins libérale et ce, pour des raisons politiques. [à la p. 18]

Bien que ce commentaire vise le processus législatif américain, il semble s'appliquer avec autant de justesse au contexte canadien.

devoir être imputé à l'inefficacité bureaucratique. En réalité, pourtant, les contraintes qui leur sont imposées sont politiques plutôt que bureaucratiques²²².

Signalons un autre facteur politique qui tend à gêner la mise en œuvre de la législation antipollution : le changement régulier des responsables²²³. Souvent, le ministre chargé de la protection de l'environnement se voit confier un autre portefeuille alors qu'il vient à peine d'acquérir l'expérience nécessaire pour s'acquitter de ses fonctions²²⁴. D'autre part, la tenue d'élections tous les quatre ans environ est une des servitudes de la vie politique. Malheureusement, il est généralement impossible d'acquérir l'expérience nécessaire pour exercer les fonctions de ministre de l'Environnement dans un délai si court.

La politique fédérale-provinciale peut également avoir d'importantes répercussions sur la mise en œuvre de la législation. Ainsi, bon nombre de fonctionnaires fédéraux et provinciaux admettent en confidence que telle décision de prendre des mesures ou de ne pas en prendre a été dictée par la volonté de ne pas empiéter sur les compétences d'un autre palier de gouvernement dans le domaine, ou encore [TRADUCTION] «d'affirmer notre compétence sur ces questions²²⁵».

L'opinion publique et la prospérité économique sont d'autres facteurs qui peuvent influencer sur la mise en œuvre de la législation²²⁶. Les chances d'une mise en application rigoureuse seront augmentées si le parti au pouvoir sent que la population appuie résolument une action de protection de l'environnement. En période de récession, par contre, la protection de l'environnement peut être reléguée au second rang, au profit de politiques plus attrayantes sur le plan économique.

Si impressionnante que soit la législation, son efficacité dépend de la volonté politique du Cabinet et du ministre chargé de l'environnement, ainsi que de l'affectation concomitante des ressources nécessaires au ministère de l'Environnement²²⁷. Or, de nombreux indices montrent que cette volonté politique fait défaut du côté fédéral : des fonctionnaires frustrés ont «organisé» des poursuites privées parce que des motifs politiques et ministériels faisaient obstacle à la mise en œuvre de la législation par l'Administration²²⁸; des règlements promulgués il y a quinze ans ne sont toujours pas

222. P. Pross, «Water and Environmental Law: Bureaucratic Constraints», dans S. Guppy, Y. Fern et B. Wildsmith, éd., *Water and Environmental Law*, Halifax, Institute for Resource and Environmental Studies, Dalhousie University, 1981, 139 à la p. 167.

223. Voir, par exemple, les blâmes en ce sens adressés aux ministres fédéraux chargés de la protection de l'environnement par T. Davey, «Environmental Harmony Requires Transdisciplinary Conductors», *Water and Pollution Control*, 1977/1978 Directory, pp. 35-43, en particulier la p. 38.

224. Pour illustrer cette affirmation, citons le fait que depuis seize ans qu'existe le ministère de l'Environnement fédéral, onze ministres ont été responsables de son activité.

225. Propos recueilli à l'occasion de discussions confidentielles avec des fonctionnaires fédéraux et provinciaux.

226. Voir les commentaires en ce sens faits par A. Schnaiberg, *supra*, note 1 à la p. 25.

227. Voir Pross, *supra*, note 222 aux pp. 140, 144.

228. Renseignements divulgués sous le sceau de la confiance par un fonctionnaire fédéral.

en vigueur²²⁹; des coupures ont été imposées aux programmes de protection de l'environnement tandis que ceux d'autres ministères demeuraient inchangés²³⁰. À ce propos, Pross fait le commentaire suivant :

[TRADUCTION]

Le fonctionnaire persuadé que le gouvernement n'a pas la ferme volonté de mettre en œuvre la politique qu'il est chargé d'appliquer sait trop bien ce qui l'attend [sanctions personnelles, budgétaires et même affaiblissement de l'unité] s'il interprète ses ordres de façon trop littérale²³¹.

(2) La tendance du gouvernement à favoriser le développement

En dépit de toute l'attention que lui donnent les médias, la protection de l'environnement figure souvent à un rang relativement peu élevé parmi les priorités du gouvernement. Cela s'explique en partie par le fait que contrairement aux autres activités réglementées, la pollution est d'ordinaire le sous-produit d'une activité par ailleurs encouragée par l'État et la société. L'extraction et le raffinage de matières premières, la fabrication de nouveaux produits chimiques et commerciaux sont des activités qui visent à améliorer la qualité de la vie et qui sont généralement accueillies favorablement à ce titre. Outre les avantages qu'en retire la société en général, ces activités profitent à de nombreux égards à l'État : impôt sur le revenu des particuliers et des personnes morales, et retombées politiques pour les gouvernements qui s'attribuent le mérite de la prospérité économique et du plein emploi.

Au Canada, l'Administration et l'industrie ont souvent des rapports extrêmement étroits, cimentés par des objectifs²³² et des attitudes²³³ communs, et par des liens plus concrets encore comme des prêts et des subventions²³⁴. Les gouvernements sont avides de revenus et de projets susceptibles de créer des emplois. Dans ce contexte plus large de la collaboration entre l'État et l'industrie, la protection de l'environnement peut ne

229. Par exemple, le *Règlement sur les effluents des fabriques de pâtes et papiers*, en ce qui concerne les normes fixées pour les fabriques existantes, comme le fait remarquer Webb, *supra*, note 3, chap. V.

230. Par exemple, les coupures dont ont fait l'objet au cours des dernières années le ministère de l'Environnement fédéral, notamment le Service canadien de la faune et le personnel de la recherche et du développement.

231. Voir Pross, *supra*, note 222 à la p. 144. Cet auteur fait également observer que les fonctionnaires se préoccupent souvent trop de l'opinion publique et politique, montrant souvent une circonspection excessive, sous prétexte de prévenir tout blâme à caractère politique.

232. Par exemple, le souci d'efficacité pour l'Administration fédérale démontré par le groupe de travail chargé de l'examen des programmes (groupe Nielsen) ressemble beaucoup aux préoccupations de l'industrie privée à cet égard. En fait, le groupe de travail s'est beaucoup appuyé sur l'expertise du secteur privé pour rédiger ses rapports.

233. À titre d'exemple un peu simpliste, le plein emploi constitue une préoccupation majeure. Pour l'industrie, le plein emploi signifie une économie plus florissante, plus d'argent et des consommateurs plus en mesure d'acheter les produits fabriqués par l'industrie.

234. Voir, par exemple, P. Johnson, *Canadian Industrial Incentives Legislation: Government Financial Assistance Programs in Canada*, Toronto, Butterworths, 2 vol. (révision permanente).

pas recevoir toute l'attention qu'elle mérite. Le ministère de l'Environnement est considéré d'ordinaire comme un portefeuille de rang inférieur, moins prestigieux et moins puissant, au sein de l'exécutif²³⁵.

L'organisation exécutive illustre bien le fait que la protection de l'environnement ne soit que l'une des nombreuses politiques mises en œuvre par le gouvernement, et qu'elle puisse ne pas être une priorité. Au fédéral, par exemple, Environnement Canada joue un rôle de premier plan dans la lutte antipollution, mais en droit, les programmes qu'il administre relèvent d'autres ministères²³⁶. Ainsi, Environnement Canada assure l'application des dispositions relatives à la lutte contre la pollution de la *Loi sur les pêcheries*, mais cette loi est placée sous la responsabilité du ministère des Pêches et des Océans. Environnement Canada s'occupe aussi du volet protection de l'environnement du programme de subvention pour la modernisation des fabriques de pâtes et papiers par sa participation à divers comités de gestion interministériels, alors que le programme relève du ministère de l'Expansion industrielle régionale. Enfin, Environnement Canada a la responsabilité d'approuver le matériel admissible à l'amortissement fiscal accéléré (déduction fiscale) encore que ce soit le ministère du Revenu national qui est chargé de l'administration de la législation fiscale fédérale. Par conséquent, la protection de l'environnement dépend souvent d'un autre ministère.

(3) Les facteurs bureaucratiques

Compte tenu des lacunes de la législation et des tribunaux, du manque de volonté politique et des tendances du gouvernement à favoriser le développement, il est évident que la tâche du fonctionnaire chargé d'administrer la législation antipollution est extrêmement ardue. Cela dit, certains traits de la bureaucratie peuvent également nuire à une mise en œuvre complète et efficace de la législation. Sans vouloir généraliser, l'auteur estime que les observations suivantes reflètent bien certaines des caractéristiques de bon nombre d'entre eux²³⁷.

Étant donné la nature technique de nombreux aspects de la lutte antipollution, les fonctionnaires sont souvent recrutés dans le secteur privé où ils ont pu acquérir les connaissances nécessaires pour s'acquitter de leurs fonctions. Mais si cette expérience de l'industrie peut favoriser des discussions plus éclairées entre fonctionnaires et secteur privé, elle peut également influencer sur la neutralité des fonctionnaires les mieux intentionnés.

Le fonctionnaire peut décider de se servir ou de ne pas se servir d'un instrument juridique mis à sa disposition pour des motifs qui n'ont rien à voir avec les problèmes relatifs à la législation, aux tribunaux ni aux choix politiques de ses supérieurs. Il peut s'abstenir de faire entrer en jeu les sanctions officielles parce que cela reviendrait à abdiquer l'autorité qu'il exerce sur le pollueur au profit «des avocats», et à reconnaître

235. Voir notamment les commentaires en ce sens dans C. Lax, *supra*, note 109, à la p. 66.

236. Pour de plus amples détails, voir Webb, *supra*, note 3.

237. *Ibid.*, chap. V.

l'échec des techniques de négociation administratives. Gênés par le jargon juridique qu'ils connaissent mal, les fonctionnaires, dont bon nombre sont ingénieurs ou scientifiques, peuvent préférer restreindre les communications aux aspects techniques. Certains d'entre eux peuvent craindre que les pratiques administratives, tout comme celles du pollueur, feront l'objet d'un examen si des sanctions juridiques officielles sont imposées, ce qui pourrait attirer l'attention non désirée des médias; d'autres, au contraire, peuvent rechercher cette attention. Il se peut aussi que des fonctionnaires soient peu enclins à adopter une attitude antagoniste à l'égard d'administrés avec lesquels ils ont eu pendant longtemps des rapports harmonieux.

CHAPITRE TROIS

Les tendances en matière de lutte contre la pollution

La lutte antipollution évolue de façon constante à mesure que de nouveaux problèmes surgissent et que, l'expérience aidant, nous comprenons mieux les concepts et les instruments juridiques applicables. Dans cette optique, nous examinerons ici les tendances importantes qui marquent l'utilisation des lois de réglementation en matière de pollution. On voit de plus en plus de citoyens participer directement au processus décisionnel. Le nombre des poursuites augmente dans certaines provinces (notamment en Ontario), ce qui témoigne de la recherche d'un meilleur équilibre entre les moyens de persuasion et l'application autoritaire de la législation. Le rôle et les responsabilités des autorités fédérales, provinciales et municipales semblent changer. On reconnaît de plus en plus que les moyens incitatifs peuvent être utiles pour certaines catégories de pollueurs réfractaires aux prescriptions de nature coercitive. Certains indices permettent de penser que l'industrie est de plus en plus disposée à assumer ses responsabilités en vue de la résolution des problèmes de pollution. Ces tendances considérées dans leur ensemble montrent que l'on s'emploie à trouver des solutions pour dénouer le problème de la pollution. Nous analysons, ci-dessous, ces tendances, leurs causes probables et leurs effets.

I. La participation accrue du public

Avec le temps, le rôle du citoyen dans la lutte antipollution prend de l'ampleur et de l'importance²³⁸. Les groupes de défense de l'environnement ont acquis beaucoup de connaissances techniques dans le domaine et peuvent compter sur des porte-parole experts qui s'adressent directement aux dirigeants et aux médias. Dans la législation, la reconnaissance de l'intérêt du public a connu une évolution remarquable au cours des trente dernières années. Alors que les textes des années soixante ne faisaient pour ainsi dire aucune place à l'intervention des citoyens, on a vu le législateur s'engager expressément, dans un texte de loi de 1987, à inviter le public à participer à presque

238. Voir J. Swaigen, «The Emergence of the Public in Environmental Decision-Making» dans J. Swaigen, éd., *Environmental Rights in Canada*, Toronto, Butterworths, 1981, I. Voir aussi K. Webb, «Taking Matters Into their Own Hands: the Increasing Role of the Public in Canadian Pollution Control», mémoire présenté à l'Association canadienne «Droit et Société», au congrès des Sociétés savantes, à Windsor (Ontario), 7 juin 1988.

toutes les étapes du processus²³⁹. En matière de protection de l'environnement, le nombre des démarches engagées devant les tribunaux par les citoyens en vue de participer au processus décisionnel a considérablement augmenté²⁴⁰, tout comme le nombre des poursuites privées²⁴¹.

Cette augmentation de la participation des citoyens peut être attribuée à divers facteurs. En premier lieu, de manière très générale, la population n'a plus dans le gouvernement la confiance aveugle qu'elle avait autrefois²⁴² : les rapports traditionnels administrateur-client entre les ministères et les utilisateurs des ressources sont moins défendables à une époque où l'intérêt général ne coïncide plus forcément avec la croissance et l'expansion tous azimuts du secteur privé²⁴³.

En second lieu, les citoyens ont commencé à se prévaloir des instruments juridiques à leur disposition et à porter leurs revendications devant les tribunaux. Aux yeux du citoyen exclu du processus de réglementation de la pollution, la voie judiciaire paraît offrir la possibilité d'une audition équitable, publique et très visible devant un arbitre impartial, d'où l'espoir d'échapper au bourbier bureaucratique. Par suite de l'adoption de la *Charte* et de l'évolution de la théorie de l'équité procédurale, les tribunaux ont acquis une autorité plus ferme et plus directe qu'on ne l'aurait cru possible auparavant, sur les organes législatifs et administratifs²⁴⁴. En 1985, le Canadian Environmental Defense Fund a été créé. Cet organisme privé a pour mission d'aider les citoyens à réunir les fonds nécessaires pour contester les causes susceptibles de constituer des précédents en matière d'environnement, et pour participer aux audiences des tribunaux chargés d'appliquer la législation relative à la protection de

239. Voir, par exemple, l'étude de la *Loi sur l'environnement* du Manitoba (1987), *infra*; pour plus de détails, voir aussi Webb, *ibid*.

240. Par exemple, *Re Pim and Minister of the Environment* (1978), 23 O.R. (2d) 45 (C. div.); *Canadians for the Abolition of the Seal Hunt & Harrison v. The Minister of Fisheries and the Environment* (1980), 10 C.E.L.R. 1 (C.F. première inst.); *S.E.A.P. c. La Commission de contrôle de l'énergie atomique* (1977), [1977] 2 C.F. 473 (Div. d'appel); *Croy c. La Commission de contrôle de l'énergie atomique* (1979), [1981] 1 C.F. 515 (Div. d'appel); *Binbrook Anti-Dump Committee v. Regional Municipality of Hamilton-Wentworth* (1980), 10 C.E.L.R. 65 (C. div. Ont.); voir aussi le *1981 Annual Report of the Ombudsman to the Legislative Assembly of British Columbia*, C.S. 81-063 à la p. 53; *Enquête énergie c. Commission de contrôle de l'énergie atomique* (1984), [1984] 2 C.F. 138 (Div. première inst.); *Re Regional Municipality of Hamilton-Wentworth and Hamilton-Wentworth Save the Valley Committee* (1985), 19 D.L.R. (4th) 356 (C. div. Ont.); *Re Ontario Energy Board* (1985), 19 D.L.R. (4th) 753 (C. div. Ont.).

241. Ainsi, cinq poursuites privées ont été intentées en vertu du paragraphe 33(2) de la *Loi sur les pêcheries fédérale* depuis 1981, alors qu'aucune n'avait été signalée auparavant.

242. Michael Adams, président de Environics Research Ltd. (une compagnie spécialisée dans les sondages) aurait déclaré que [TRADUCTION] «les électeurs canadiens sont beaucoup mieux informés et se montrent beaucoup plus sévères, plus cyniques dans l'ensemble à l'égard des institutions, plus indépendants et plus pragmatiques à l'endroit des appels politiques et des politiciens»; R. Howard, «Make Public Poll Results, Ottawa Told», *The [Toronto] Globe and Mail* (29 mai 1986).

243. Pour paraphraser les propos de Finkle, «New Approaches to Fairness: The Bureaucracy Responds», dans Case, Finkle, Lucas, éd., *supra*, note 204 aux pp. 31-34.

244. Pour plus de détails, voir Webb, *supra*, note 239.

l'environnement²⁴⁵. Un bon exemple d'instrument juridique que les groupes d'intérêt public ont mis à contribution est le *Règlement sur les amendes et le produit des confiscations* établi en application de la *Loi sur les pêcheries*. Le règlement dispose que le particulier qui déclenche une action sous le régime de la *Loi sur les pêcheries* reçoit la moitié du produit de l'amende imposée²⁴⁶. Ce mécanisme de participation à l'amende infligée était prévu par la *Loi*²⁴⁷, dès 1868, mais il n'avait pour ainsi dire jamais été utilisé avant les années soixante-dix. Le fait que des poursuites déclenchées par des particuliers en application de la *Loi sur les pêcheries* aient entraîné des condamnations²⁴⁸ n'a fait que rendre ces actions encore plus intéressantes pour les environnementalistes. Cela dit, les frais prohibitifs, les difficultés que pose la constitution d'un dossier défendable et le temps que demande une action de ce type, tendent à enlever tout son attrait à cette solution, et à en faire une voie de dernier recours.

D'autre part, si le mécanisme de la poursuite privée peut servir à contrôler le pouvoir discrétionnaire exercé par l'Administration en matière de poursuite, il peut aussi en gêner l'exercice légitime²⁴⁹. Par exemple, le déclenchement d'une poursuite privée peut enlever au fonctionnaire la possibilité de choisir le *moment opportun* pour intenter des poursuites, forçant l'Administration à abandonner prématurément les négociations alors que des mesures moins radicales auraient pu assurer le respect de la loi. Il est vrai que les procureurs généraux des provinces ont le pouvoir de suspendre les poursuites privées intentées sous le régime de la législation fédérale ou provinciale et que de fait, ils ont exercé ce pouvoir à quelques reprises²⁵⁰. Toutefois, l'arrêt par le

245. *Ibid.*

246. Il convient de remarquer qu'en vertu de ce texte réglementaire, il est possible aux particuliers de déclencher une poursuite (notamment par la voie d'une dénonciation) sans véritablement conduire la cause devant le tribunal, et de recevoir quand même la moitié de toute amende imposée. Ainsi, dans l'affaire *R. v. Crown Zellerbach Properties* (1981), 3 F.P.R. 84 (C. prov. C.-B.), un particulier (membre d'un groupe de défense de l'environnement appelé «the Fraser River Coalition») a déposé une dénonciation contre un pollueur en application du paragraphe 33(2) de la *Loi sur les pêcheries*, mais ce sont des mandataires du ministre de la Justice fédéral qui ont mené les poursuites. Il y a eu condamnation et une amende de 28 000 \$ a été imposée. En application du *Règlement sur les amendes et le produit des confiscations*, le particulier qui a déclenché les poursuites a reçu 14 000 \$. Pour de plus amples détails au sujet de cette affaire, voir Webb, *supra*, note 3 aux pp. 188-191 et 292-294.

247. Dans l'*Acte des Pêcheries* de 1868, la disposition faisait partie de la loi elle-même (par. 17(4)).

248. En plus de la décision *R. v. Crown Zellerbach Properties Ltd.*, *supra*, note 244, signalons d'autres affaires dans lesquelles des particuliers ont déclenché des poursuites qui ont entraîné la condamnation des accusés : *R. v. Panarctic Oils Ltd.*, *supra*, note 147 et *R. ex rel. Home v. Cyanamid Canada Inc.*, *supra*, note 106.

249. Pour une étude plus détaillée des poursuites privées, voir, de manière générale, Webb, *supra*, note 3 aux pp. 284-322.

250. Pour de plus amples détails, voir Webb, *supra*, note 3 aux pp. 306-310. En 1986, les poursuites privées engagées contre Eldorado Mining Ltd., Baker Lake (Saskatchewan), ont été suspendues. Certains textes de loi provinciaux sur la pollution assujettissent l'engagement de poursuites à l'obtention du consentement du ministre de l'Environnement. Voir, par exemple, la *Loi sur l'assainissement de l'environnement* du Nouveau-Brunswick, art. 33.2, et le *Department of Environment Act* de Terre-Neuve, art. 49.

gouvernement des procédures intentées par des particuliers crée une impression défavorable qui tend à en restreindre l'exercice aux circonstances exceptionnelles²⁵¹.

Selon un commentateur, le problème de l'ingérence des particuliers dans l'exercice légitime du pouvoir de poursuivre se pose de façon particulièrement aiguë en ce qui concerne les interdictions générales telles que le paragraphe 33(2) de la *Loi sur les pêcheries* et les articles 5 et 14 de la *Loi sur la protection de l'environnement* ontarienne :

[TRADUCTION]

Selon ces dispositions, le fait de rajouter quoi que ce soit à l'environnement constitue une infraction. Le gouvernement a le pouvoir discrétionnaire de ne pas tenter de poursuites à moins que l'intérêt public ne l'exige, à moins que des motifs contraignants ne le commandent. En donnant au particulier le pouvoir de poursuivre, nous faisons échec au régime parce que le particulier ne pèsera pas les mêmes considérations d'intérêt général que l'Administration avant de prendre une décision. La disposition en vertu de laquelle le particulier déclenche les poursuites a en réalité été élaborée en vue de rendre efficace l'exercice du pouvoir discrétionnaire. Il n'y aurait pas de problème si le particulier pouvait poursuivre seulement lorsqu'il y a transgression d'un règlement précis ou dépassement d'une quantité déterminée. Il n'en va pas de même lorsque le citoyen peut agir en justice en application de dispositions à portée très large comme l'article 14 de la *Loi sur la protection de l'environnement* ontarienne ou l'article 33 de la *Loi sur les pêcheries*²⁵².

Ce commentaire soulève deux questions auxquelles il ne sera pas apporté de réponse ici (chacune pourrait faire l'objet d'études distinctes) : (1) Peut-on dire qu'un organisme administratif chargé de la mise en application de la loi ou un particulier représente l'intérêt général? (2) L'intérêt général peut-il se décomposer en divers intérêts divergents?

Le commentaire précité permet de tirer une conclusion importante : le problème de l'ingérence évoqué ici pourrait être moins attribuable à l'existence *en soi* des poursuites privées qu'à celle de textes d'incrimination rédigés de façon trop générale comme le paragraphe 33(2) de la *Loi sur les pêcheries*, qui accordent un pouvoir discrétionnaire considérable aux fonctionnaires. Ce texte d'incrimination à portée tentaculaire est employé pour lutter contre les sources de la pollution des eaux, qui vont de l'élevage du poulet fermier à l'exploitation industrielle sur une grande échelle. Afin de donner une dimension plus réaliste à cette infraction, le Service de la protection de l'environnement a conclu, comme nous l'avons déjà vu, des accords informels avec les pollueurs et les autorités provinciales. L'affaire *Cyanamid* illustre fort bien comment une poursuite privée peut faire échec à l'exercice informel du pouvoir discrétionnaire du gouvernement. Dans cette affaire, des poursuites privées ont été intentées après que les fonctionnaires fédéraux et provinciaux eurent refusé de déclencher une action pour

251. Voir, par exemple, la description de l'incident Riley Creek dans Webb, *ibid.*, *supra*, note 3 aux pp. 294-300.

252. Gordon Lloyd, cité aux pages 117 et 118 dans «When the Administrative and Enforcement Process goes Wrong: What Role for Parliament, the Legislature, the Public and the Courts?», dans *Roundtable Discussions on Toxic Chemicals Law and Policy in Canada*, comptes rendus d'un séminaire tenu les 15 et 16 juin 1981, et organisé par l'Association canadienne du droit de l'environnement et la Fondation canadienne de recherche du droit de l'environnement, 1981, Toronto (Ontario).

faire respecter la loi. Cyanamid a été déclarée coupable et condamnée à une amende de un dollar.

Les exploitations industrielles qui, sur le plan technique, contreviennent de façon continue aux dispositions du paragraphe 33(2), telles les fabriques de pâtes et papiers existantes, semblent particulièrement vulnérables aux poursuites privées. On pourrait atténuer sensiblement l'effet des poursuites privées intempestives si l'infraction prévue par le paragraphe 33(2) était remplacée ou complétée par d'autres dispositions réglementaires ou législatives qui sanctionneraient les accords informels conclus en vue de l'observation progressive de la loi et les ententes administratives fédérales-provinciales actuellement en vigueur²⁵³. Dans le cas d'une fabrique de pâtes et papiers existante, des poursuites privées pour faire respecter les modalités d'un programme d'observation de la loi semblent encore préférables à celles qui seraient intentées pour faire appliquer une interdiction absolue de polluer. Cela fait à nouveau ressortir les lacunes de la législation actuelle qui cadre mal avec les réalités de la lutte contre la pollution.

Pour être effective, la participation du public suppose avant tout la libre circulation de l'information entre l'Administration et les parties intéressées²⁵⁴. Si le public n'est pas consulté au moment de l'élaboration de la réglementation, celle-ci risque d'être dénoncée à titre de pacte négocié en catimini entre l'Administration et l'industrie²⁵⁵.

La législation relative à la liberté d'information constitue un moyen ultime pour les citoyens d'obtenir communication des données dont dispose l'Administration. Il serait beaucoup plus utile de faire participer les citoyens, dans une mesure raisonnable, aux différentes étapes du processus de réglementation de la pollution. La transparence rend l'Administration d'autant plus digne de confiance qu'elle la force à rendre compte de ses actes. De ce point de vue, la *Loi sur l'environnement* adoptée en 1987 au Manitoba constitue sans aucun doute un pas dans la bonne direction. Elle fait à l'Administration le devoir exprès d'informer les citoyens et de les inviter à participer à l'ensemble du processus de réglementation de la pollution, à partir de la rédaction des textes réglementaires jusqu'à la prise de mesures d'exécution, en passant par la formulation des permis individuels²⁵⁶.

253. Par exemple, l'al. 33(13)f) de la *Loi sur les pêcheries*. Au surplus, si les règlements relatifs aux effluents étaient en vigueur pour d'autres secteurs industriels que les six déjà visés, les poursuites privées tendraient à faire appliquer les modalités de ces règlements plutôt que l'interdiction générale prévue par le par. 33(2).

254. Pour une discussion exhaustive de l'accès à l'information en matière de protection de l'environnement, voir M. Rankin, «Information and the Environment: the Struggle for Access» dans J. Swaigen, éd., *supra*, note 238 aux pp. 285-333.

255. Voir, entre autres, les commentaires en ce sens dans Estrin et Swaigen, *supra*, note 1 à la p. 471. Par la suite, le gouvernement fédéral a annoncé la mise en œuvre d'une politique plus ouverte sur la consultation publique pendant les étapes de l'élaboration de la réglementation.

256. Voir, par exemple, le par. 2(1) (objectifs), le par. 6(1) (rapport sur l'état de l'environnement), l'art. 10 (exigences relatives aux permis), l'art. 27 (appel) et l'art. 41 (projets de règlements). Voir aussi les dispositions innovatrices de la *Loi canadienne sur l'environnement* sur la participation du public. Pour plus de détails, voir Webb, *supra*, note 238.

Les groupes de citoyens ont fort bien réussi à faire connaître leurs opinions²⁵⁷ par le moyen d'études, de conférences de presse, de contestations judiciaires et de poursuites privées. Ce succès incite encore davantage à l'action. La participation effective et ouverte du public profite à tout le monde²⁵⁸. Les décisions deviennent mieux étoffées, leur légitimité est accrue et les risques de problèmes ultérieurs diminuent. Le développement de la participation du public au cours des dernières années est prometteur.

II. La multiplication des poursuites

Dernièrement, on a constaté que certaines provinces canadiennes tendent à utiliser davantage la voie judiciaire pour mettre en application la législation de protection de l'environnement²⁵⁹. Quantité de facteurs pourraient expliquer ce phénomène. D'abord, les attitudes ont évolué. Maintenant que la vague des expériences tentées pendant les années soixante-dix commence à passer, on reconnaît que les poursuites peuvent jouer un rôle important dans la protection de l'environnement, surtout en ce qui concerne les simples comportements négligents ou intentionnels. Lorsque la législation de protection de l'environnement a été introduite, il se peut que les administrateurs aient adopté, consciemment ou non, une attitude prudente dans la mise en application de la loi, de manière à donner au secteur privé le temps de s'ajuster aux «nouvelles règles du jeu». Certains gouvernements semblent maintenant vouloir se montrer plus fermes²⁶⁰. D'autre part, les groupes de citoyens ne se font plus faute de dire que si le gouvernement ne poursuit pas, ils s'en chargeront. Cette stratégie qui consiste à mettre le gouvernement

257. Voir les commentaires en ce sens du directeur technique de l'Association pétrolière du Canada, cités dans «Conservationists gaining respect, oil industry says», *supra*, note 6.

258. Même les dirigeants de l'industrie ont admis l'importance de la participation du public. Les dirigeants de Inco ont déclaré devant un comité permanent de l'Ontario [TRADUCTION] «qu'après l'annonce du nouvel arrêté d'intervention en juillet 1978, ils avaient ressenti les effets négatifs de ce qu'ils percevaient être de la part du public une mauvaise compréhension et une méfiance résultant des informations insuffisantes rendues publiques sur le processus de l'arrêté d'intervention, ses principes et son contenu». Ontario Standing Committee on Resources Development, *supra*, note 180 à la p. 48.

259. En Ontario par exemple, les poursuites intentées devant les tribunaux par le ministère de l'Environnement en application des dispositions de la *Loi sur la protection de l'environnement*, de la *Loi sur les ressources en eau de l'Ontario* et de la *Loi sur les pesticides* sont passées de 69 en 1977-1978 à 105 en 1981-1982 : Ontario Statistics 1982, Toronto, Gouvernement de l'Ontario à la p. 33. Assez curieusement, les éditions ultérieures de cet ouvrage ne permettent pas d'effectuer des recoupements annuels de cette nature. De même, les poursuites en Colombie-Britannique ont augmenté entre 1976 et 1980, voir Ackerman et Clapp, *supra*, note 108.

260. Par exemple, les gouvernements de l'Ontario et du Québec adoptent une attitude plus active en ce qui concerne la poursuite des pollueurs. Pour ce qui est de l'Ontario, voir Standing Committee on Resource Development, *supra*, note 180 à la p. 67; quant au Québec, F. Shalom, «Quebec will bill polluters for cost of 10-year toxic-waste cleanup», *The [Toronto] Globe and Mail* (10 juin 1986) :

[TRADUCTION]

Le ministre de l'Environnement du Québec Clifford Lincoln a annoncé au cours d'une conférence de presse qu'une équipe d'enquêteurs formés spécialement à cette fin serait établie pour faire respecter les règlements et recueillir des preuves de pollution abusive par l'industrie.

dans l'embarras pour qu'il intente des poursuites est parfois reconnue explicitement comme dans l'affaire *Crown Zellerbach*.

Par ailleurs, les pouvoirs publics commencent à s'y connaître mieux en matière de protection de l'environnement. On a compris que des conditions de permis vagues et inapplicables font obstacle à la réussite des poursuites²⁶¹. Les administrateurs ont durci leurs méthodes d'enquête et de négociation²⁶². Ainsi, au Québec, en Ontario et en Colombie-Britannique, par exemple, des équipes spéciales, indépendantes des fonctionnaires qui sont en contact quotidien avec l'industrie, ont été chargées d'assurer l'application de la loi. Il y a de plus en plus d'avocats de la Couronne expérimentés qui savent éviter les écueils de la preuve et du moyen de défense de diligence raisonnable. Les informations que nous avons en main laissent croire que le taux de réussite est élevé²⁶³. Et à mesure que les succès remportés seront rendus publics, le nombre des poursuites augmentera probablement.

Pourtant, une insistance trop marquée sur les poursuites peut instaurer un climat de juridisme et de confrontation entre l'Administration et l'industrie, ce qui à long terme peut nuire à la réduction efficace de la pollution²⁶⁴. Mais une approche conciliant mise en application de la loi et négociation, et dans le cadre de laquelle l'exercice de poursuites vient compléter et renforcer les techniques de coopération, peut offrir les plus grandes chances de succès²⁶⁵.

III. L'évolution du rôle et des responsabilités de l'Administration

Dès le milieu des années soixante-dix, les trois paliers de gouvernement (fédéral, provincial et municipal) se partageaient l'application d'une législation antipollution importante. Après plus de dix années, il est clair que certains paliers de gouvernement

261. Voir, Gibson, *supra*, note 12 à la p. 50 (au sujet de la situation en Ontario); et Ackerman et Clapp, *supra*, note 108, (au sujet de la situation en Colombie-Britannique).

262. Voir aussi l'effet de l'arrêt *Sault Ste-Marie* sur les activités de mise en application, *supra*, pp. 28-34. Au sujet de l'effet du «durcissement», voir M. Jeffery, *supra*, note 172; et J. Swaigen «Prosecution Can be Effective Method to Control Polluters» (1984) 3:10 Ont. Lawyers Weekly 4 (6 juillet).

263. Swaigen, *ibid.*, précise qu'en Ontario, entre 1981 et 1984, environ les deux tiers de ceux qui ont été accusés en vertu de la *Loi sur la protection de l'environnement* ontarienne et de la *Loi sur les ressources en eau de l'Ontario* ont plaidé coupables. Entre 1975 et 1981, le taux de condamnation s'élevait à 79 %, en 1982-1983, à 90 % et en 1983-1984 à 95 %.

264. À cet égard, les Canadiens peuvent tirer une leçon de l'expérience des Américains dont l'approche est fondée sur la poursuite des contrevenants. Elle n'a pas donné les résultats escomptés comme le soulignent E. Bardach et R. Kagan dans *Going By the Book: The Problem of Regulatory Unreasonableness*, Philadelphie, Temple University Press, 1982 aux pp. 104-116, et L.H. Edelman et R.E. Walline, «Developing a Cooperative Approach to Environmental Regulation» (1983) 16 Nat. Res. Lawyer 489.

265. J. Swaigen, dans Duncan, éd., *supra*, note 114 à la p. 6, soutient que l'attitude plus active de la province de l'Ontario sur le plan des poursuites a renforcé la position des négociateurs du ministère de l'Environnement.

sont plus à même de mener certains types d'activités de réglementation, comme en témoigne, dans une certaine mesure, l'évolution visible du partage des rôles et des responsabilités des intervenants.

Le gouvernement fédéral a, jusqu'à un certain point, institué une présence à l'échelle nationale pour tenter de répondre aux préoccupations posées par la pollution, agissant à la fois à titre de porte-parole et d'avocat pour le Canada sur la scène internationale, tout en fixant des normes nationales pour soutenir l'application de la loi par les provinces, afin d'éviter la création d'«abris pour pollueurs» à l'intérieur du pays. Pour leur part, les provinces ont joué un rôle de premier plan en ce qui concerne l'administration et la mise en œuvre de la loi, parce qu'elles s'intéressent particulièrement aux industries situées sur leur territoire, avec lesquelles elles ont des rapports plus étroits. Quant aux municipalités, il est logique de leur confier l'hygiène locale. Elles peuvent gérer les installations de traitement des eaux usées et les dépotoirs, en plus de faire respecter les règlements relatifs aux rejets dans leurs limites territoriales²⁶⁶.

Certains indices semblent toutefois montrer une concentration graduelle des attributions de mise en œuvre de la loi au niveau provincial. Même au début des années soixante-dix, les fonctionnaires fédéraux déferaient généralement aux provinces pour la responsabilité première de faire respecter la loi²⁶⁷, ce qui n'a pourtant pas empêché l'Administration fédérale d'intervenir à l'occasion, contrecarrant l'action provinciale²⁶⁸. Puis au milieu de cette décennie, le ministère de l'Environnement fédéral a négocié des ententes informelles avec les provinces pour consacrer le rôle de chef de file joué par celles-ci en matière de mise en œuvre de la loi²⁶⁹. Dès le début des années quatre-vingt, le nombre des poursuites intentées par le fédéral était devenu presque négligeable dans beaucoup de régions, alors que celui des actions formées devant les tribunaux par les provinces avait augmenté dans certaines régions²⁷⁰. C'est à ce moment que le

266. Voir, par exemple, Estrin et Swaigen, éd., *supra*, note 1, aux pp. 20-22 (relativement à la situation en Ontario).

267. Voir les commentaires en ce sens dans R.B. Woodrow, «The Development and Implementation of Federal Pollution Control Policy and Programs in Canada, 1966-1974», thèse de doctorat en philosophie, Université de Toronto, 1977 aux pp. 427 (renvois 23-25) et 478 (renvois 152-155).

268. Voir par exemple, la description des mesures de mise en œuvre fédérales-provinciales relativement à la papeterie Irving, St. John (Nouveau-Brunswick) donnée dans Webb, *supra*, note 3 aux pp. 377-393.

269. Voir la description des accords et autres arrangements administratifs donnée dans Webb, *ibid.* aux pp. 173-200.

270. Il est difficile d'obtenir des statistiques pouvant étayer cette assertion et il serait très utile d'effectuer des recherches empiriques plus poussées sur cette question. Les provinces où l'on constate une augmentation du nombre de poursuites sont l'Ontario et la Colombie-Britannique (voir J. Swaigen et E. Anthony dans E. Duncan, éd., *Environnement Enforcement*, *supra*, note 114). Le Québec a également fait connaître son intention d'être plus rigoureux dans la mise en application (voir la note 260, *supra*). Les autorités fédérales poursuivent quant à elles une action de mise en œuvre relativement rigoureuse en ce qui concerne les eaux côtières et les pêcheries, en particulier en Colombie-Britannique. Voir Canada, *Rapport final de la Commission sur la politique des pêches du Pacifique*, *supra*, note 196.

ministère de l'Environnement fédéral a commencé à mettre l'accent sur son rôle de défenseur en matière de lutte contre la pollution²⁷¹.

Sur la scène municipale, une étude récente révèle des variations énormes dans la mise en application des règlements antipollution municipaux. L'insuffisance de ressources semble au cœur du problème : il peut en effet être irréaliste de demander aux petites municipalités d'engager des inspecteurs à plein temps pour lutter contre la pollution²⁷². C'est pourquoi au moins une province (l'Ontario) envisage de [TRADUCTION] «prendre des mesures pour améliorer le contrôle des rejets industriels et pour uniformiser la mise en application de la loi²⁷³». On a proposé que l'application de la réglementation soit confiée à une équipe provinciale, de manière que les municipalités plus petites puissent être déchargées de cette mission²⁷⁴.

La concentration des attributions de mise en œuvre de la loi au niveau provincial paraît judicieuse à de nombreux égards : elle permet la mise en commun des ressources financières et des compétences, ce qui pourrait entraîner une application plus uniforme et plus efficace de la loi qu'une approche fondée sur la dispersion des efforts entre les trois paliers de gouvernement. Par ailleurs, d'innombrables exemples peuvent être cités pour appuyer la nécessité de confier au fédéral un rôle important en matière de mise en application et de coordination pour qu'il puisse intervenir en cas de laxisme des provinces ou des municipalités²⁷⁵. Compte tenu des possibilités sur les plans juridique et économique, le financement par le fédéral de la mise en œuvre de la législation fédérale par les provinces pourrait assurer l'uniformité dans tout le pays. Cette solution mérite d'être examinée plus à fond.

271. Selon la description donnée dans Canada, Groupe de travail chargé de l'examen des programmes, *Meilleure exécution des programmes, examen stratégique de la qualité environnementale — Rapport complémentaire*, Ottawa, Approvisionnements et Services Canada, 1986 aux pp. 47-49.

272. Voir G. York, «Sewers Pose Growing Pollution Risk», *The [Toronto] Globe and Mail* (17 mars 1986) A1 et A14; April Lindgren, «Program to Monitor for Toxic Wastes in Region's Sewers», *The [Ottawa] Citizen* (18 mars 1986). Les deux journaux mentionnent une étude fédérale non publiée.

273. Voir York, *ibid.* à la p. A14.

274. Selon M. Kai Millyard de Pollution Probe, *ibid.*

275. Par exemple, D. Mackay, dans «Tackling the Toxic Threat», *The [Toronto] Globe and Mail* (8 avril 1986) A7, fait remarquer ce qui suit au sujet des contrôles de toxicité :

[TRADUCTION]

Le seul organisme qui peut faire figure de chef de file dans le domaine est Environnement Canada. Il lui faut réunir les organismes provinciaux, ceux des États et du fédéral américains, les municipalités ainsi que les autres autorités concernées pour résoudre le problème. Jusqu'ici, cet organisme s'est montré peu disposé à entreprendre une initiative aussi audacieuse.

IV. L'utilisation de stimulants

Bien qu'ils soient moins visibles et que d'aucuns les jugent plus critiquables que les prescriptions de nature coercitive, il arrive fréquemment que des stimulants financiers soient accordés aux pollueurs pour leur venir en aide. Dans certains cas, ils peuvent aboutir à une protection plus rapide et plus efficace de l'environnement que l'application de mesures coercitives. En Alberta, l'Administration et l'industrie examinent dans le cadre d'un projet conjoint, appelé *programme de recherche sur les dépôts acides*, les causes et les effets des pluies acides dans la province²⁷⁶. En Ontario, les gouvernements fédéral et provincial ont convenu, depuis décembre 1985, de subventionner les mesures prises en vue de réduire les émissions d'anhydride sulfureux par les principaux pollueurs. En vertu de la *Loi de l'impôt sur le revenu fédérale*, un amortissement accéléré peut être réclamé pour du matériel acheté principalement en vue de réduire la pollution²⁷⁷. La plupart des provinces ont adopté des lois pour habiliter leur ministre de l'Environnement à octroyer des subventions pour assainir l'environnement²⁷⁸.

Les stimulants prennent de nombreuses formes et possèdent une variété de caractéristiques juridiques et opérationnelles distinctives. Dans un autre document, l'auteur a tenté de décrire de façon plus complète les programmes d'encouragement²⁷⁹. Un bref aperçu en est donné ci-dessous.

La lutte contre la pollution pose de nombreux problèmes épineux dont les plus gênants sont peut-être ceux qui sont liés aux industries marginales existantes. Le problème se résume ainsi : comment appliquer de nouvelles règles à de vieux joueurs? La réaction des autorités législatives canadiennes, qui jusqu'ici s'est avérée bien peu satisfaisante, fait ressortir les limites inhérentes au système actuel de dispositions obligatoires assorties de sanctions. Autrement dit, la menace d'une pénalité ne constitue pas un moyen très efficace pour amener une industrie fragile, peu rentable et dont la survie est en jeu, à lutter contre la pollution. Sur un plan plus théorique, la législation antipollution actuelle est conçue comme si la décision de prendre des mesures pour réduire la pollution pouvait être prise indépendamment des autres décisions relatives à l'exploitation industrielle, alors que dans certains cas une approche plus globale

276. D'après H. Sandhu, administrateur principal, Division de l'administration des recherches, ministère de l'Environnement de l'Alberta, le gouvernement de l'Alberta a instauré en 1983 de concert avec l'industrie un programme de recherche sur les dépôts acides dont les frais sont partagés à raison de 60 %-40 % entre le gouvernement et l'industrie (conversation téléphonique, octobre 1987).

277. Annexe II, catégorie 24 du *Règlement de l'impôt sur le revenu*.

278. Au Québec, par exemple, le ministre de l'Environnement a le pouvoir d'accorder des prêts ou des subventions à des organismes ou des personnes afin d'encourager la formation de spécialistes en protection de l'environnement et de construire ou de faire fonctionner des systèmes de gestion des déchets (al. 2d) et partie XII de la *Loi sur la qualité de l'environnement*). En Nouvelle-Écosse, le ministre de l'Environnement a le pouvoir d'accorder des subventions et des prêts relativement à la recherche et à la formation, et relativement à l'établissement d'installations de gestion des déchets et d'élimination des déchets (al. 8(1)1) du *Environmental Protection Act*). Pour l'Île-du-Prince-Édouard, voir art. 12 du *Environmental Protection Act*.

279. Voir Webb, *supra*, note 3, chapitres VII et IX.

semblerait plus indiquée. Le cas de l'industrie canadienne des pâtes et papiers sert à illustrer ce phénomène.

Par le *Règlement sur les effluents des fabriques de pâtes et papiers*, promulgué en 1971 en application de la *Loi sur les pêcheries* fédérale, le gouvernement reconnaissait le problème posé par les entreprises existantes en fixant deux séries de normes en matière d'effluents : l'une pour les fabriques «existantes» (fabriques dont l'exploitation a commencé avant 1971), l'autre pour les fabriques «nouvelles», «à capacité accrue» ou «modifiées» (fabriques construites, reconstruites ou dont la capacité a été accrue de manière considérable depuis 1971). Or, on n'a jamais fixé de date d'entrée en vigueur pour les normes applicables aux fabriques existantes. Les autorités fédérales ont plutôt annoncé qu'elles négocieraient avec chaque fabrique un échéancier en vue d'assurer le respect progressif de la loi. Selon les statistiques connues les plus récentes (1982), les dérogations aux normes visant les fabriques existantes étaient toujours courantes, et ce dans une large mesure²⁸⁰.

Des études effectuées par les Administrations fédérale et provinciales à la fin des années soixante-dix²⁸¹ ont révélé qu'il fallait investir dans les vieilles fabriques, moins efficaces (dont la majorité sont situées dans l'est du Canada), non seulement pour les équiper de matériel antipollution mais pour les moderniser. Or, ces fabriques sont celles qui sont le moins en mesure de générer du capital et qui, d'ordinaire, polluent le plus.

À compter de 1979, le fédéral et les provinces concernées de l'est du Canada se sont associés pour proposer à l'industrie des pâtes et papiers un programme de modernisation en vertu duquel l'État s'engageait à payer vingt-cinq pour cent du coût des travaux de modernisation si ceux-ci satisfaisaient aux objectifs approuvés, notamment ceux qui ont trait à la conservation de l'énergie et à la protection de l'environnement. Le fondement législatif du programme de modernisation se trouve dissimulé dans une déclaration longue et ambiguë, annexée à une *Loi portant affectation de crédits*²⁸². Le programme lui-même est décrit dans des accords subsidiaires fédéral-provinciaux. Et même dans ces accords, les critères d'admissibilité sont énoncés en termes vagues, ce qui laisse une large marge de manœuvre aux fonctionnaires. Ceux-ci y ont peut-être gagné en latitude, mais les demandeurs éventuels et les tiers ne peuvent savoir quels types de programmes seront approuvés.

Souvent longues, les négociations aboutissant à l'octroi de subventions revêtent un caractère très technique, nécessitant l'intervention de fonctionnaires du fédéral et des Administrations provinciales intéressées. Les tiers ne prennent pas part à ces négociations, et ni la législation ni les accords subsidiaires ne prévoient de recours lorsque la demande est rejetée. La participation des tiers est exclue tant à l'étape des négociations qu'à celle du suivi. Les demandes de subventions sont traitées de manière confidentielle, et les octrois de subventions sont considérés comme des accords assujettis au principe de l'effet relatif des contrats.

280. Voir *Status of Abatement from the Pulp and Paper Industry*, 1984 (EPS — 1/PS/1 — octobre 1984).

281. Pour de plus amples détails, voir Webb, *supra*, note 3, chap. IX.

282. *Loi n° 5 de 1973 portant affectation de crédits*.

De 1979 à 1986, quatre-vingt-quatorze subventions ont été accordées à cinquante-quatre compagnies, entraînant des dépenses de 613 millions de dollars pour les gouvernements participants et un investissement qui s'élèverait à 5,5 milliards de dollars²⁸³. Jusqu'ici, l'auteur n'a pas réussi à mesurer l'effet bénéfique du programme sur les émissions des fabriques de pâtes et papiers.

Conçus et mis en œuvre de façon convenable, les stimulants peuvent rendre plus efficace l'action menée par l'Administration en vue de réduire la pollution. D'un autre côté, on peut se demander pourquoi l'État devrait financer le secteur privé pour l'amener à satisfaire aux normes réglementaires. L'existence d'accords d'encouragement aura-t-elle une incidence sur la décision de poursuivre? Jusqu'ici peu de recherches ont été faites sur cette question. Quoi qu'il en soit, il est probable que le gouvernement continuera de se servir des programmes d'encouragement pour compléter les prescriptions de nature coercitive prévues par la réglementation.

V. Amélioration des régimes existants

La réglementation qui établit les régimes antipollution est modifiée constamment pour tenir compte de l'état des connaissances et des nouvelles solutions élaborées pour résoudre les problèmes liés à la pollution, ainsi que de l'évolution des attitudes chez le public et les tribunaux en matière de protection de l'environnement. On a pu déceler trois tendances dans les améliorations apportées au cours des années quatre-vingt. En premier lieu, on remarque que la législation est refondue, de manière que les problèmes de nature similaire soient tous soumis au même régime. Citons à cet égard le *Waste Management Act* de la Colombie-Britannique qui vise à rationaliser et à remplacer le *Pollution Control Act*²⁸⁴ et le *Litter Act*²⁸⁵. En deuxième lieu, la législation a été modifiée afin de fournir aux administrateurs et aux tribunaux de meilleures solutions de rechange, et en plus grand nombre, pour résoudre les cas dont ils sont saisis. Les pouvoirs de redressement plus étendus et les pénalités plus sévères introduits dans la nouvelle *Loi sur l'environnement* du Manitoba et dans la *Loi sur la protection de l'environnement* révisée de l'Ontario (voir *supra*, pp. 31 et 34) sont des exemples de ce type d'amélioration.

En troisième lieu, la législation antipollution marque également des progrès dans certaines provinces en ce qui concerne la portée et l'objet des règles. Citons à ce titre la nouvelle *Loi sur l'environnement* manitobaine, dont nous avons déjà parlé et qui est venue donner une place considérable à la participation du public. Par ailleurs, la stratégie municipale et industrielle de dépollution (SMID) mise de l'avant en 1986 par le ministère de l'Environnement ontarien est un autre exemple. Le principal objectif de

283. Voir K. Noble, «Forest Industry attempts to kick the grant habit», *The [Toronto] Globe and Mail*, (31 décembre 1985).

284. Abrogé par l'art. 47 du *Waste Management Act*.

285. Abrogé par l'art. 41 du *Waste Management Act*.

la SMID est de mettre en œuvre de nouvelles mesures pour réduire les effluents toxiques rémanents. La stratégie a été élaborée par suite de la reconnaissance du fait que le procédé actuel de traitement des eaux usées est nettement insuffisant pour éliminer les polluants toxiques non conventionnels²⁸⁶. Selon le livre blanc dans lequel la SMID a été exposée initialement (publié en juin 1986), le ministère de l'Environnement ontarien entend d'abord établir de nouveaux règlements sur les substances toxiques pour les municipalités et huit secteurs industriels principaux²⁸⁷. La première étape consiste à formuler des exigences en vue d'une surveillance complète et rigoureuse. Une fois le système de contrôle en place, le ministère de l'Environnement sera en mesure de constituer une base de données qui permettra d'élaborer des normes en matière d'effluents toxiques²⁸⁸.

Fondées sur les meilleures techniques existantes exploitables (MTEE)²⁸⁹, les normes relatives au contrôle des effluents et aux concentrations admissibles feront l'objet d'une révision périodique. Jusqu'ici, un projet de normes relatives au contrôle des effluents pour le secteur des raffineries de pétrole a été rédigé. Le projet de règlement se veut exhaustif et comprend l'analyse de cent cinquante-cinq produits chimiques, dont certains font l'objet d'un contrôle quotidien ou hebdomadaire alors que les autres sont contrôlés trois fois par trimestre²⁹⁰. On s'attend à ce que les raffineries de pétrole se conforment entièrement aux règlements relatifs aux contrôles dans les six mois qui suivront la mise en vigueur de ceux-ci²⁹¹. Il semble par ailleurs que les consultations qui ont abouti à la formulation d'un projet de règlement relatif au contrôle des effluents aient été complètes, ouvertes et équitables. On a fait appel à un comité technique mixte composé de représentants de l'industrie pétrolière et des Administrations fédérale et provinciale, et à un comité consultatif indépendant constitué de membres du public bien informés. Enfin, le projet de règlement et le rapport du comité consultatif indépendant ont été diffusés en vue de recueillir les commentaires du public²⁹². On compte mettre en vigueur le règlement limitant les effluents toxiques émis par les raffineries de pétrole vers la fin de 1988.

Il est probable que l'expérience tentée par le ministère de l'Environnement de l'Ontario avec le secteur des raffineries de pétrole servira de modèle pour l'élaboration de règlements similaires plus complets dans la plupart des autres provinces canadiennes. C'est pourquoi il importe que le ministère de l'Environnement de l'Ontario se montre

286. Voir, de façon générale, le livre blanc intitulé *Municipal-Industrial Strategy for Abatement*, ministère de l'Environnement de l'Ontario, juin 1986.

287. Voici les huit secteurs industriels en question : le raffinage du pétrole, la fabrication des produits chimiques organiques, la fabrication des produits chimiques inorganiques, les pâtes et papiers, l'extraction minière et le raffinage des métaux, les minéraux industriels, la fabrication du fer et de l'acier, et l'hydro-électricité, (*ibid.* à la p. 3).

288. *Ibid.* aux pp. 10 et 12.

289. *Ibid.* aux pp. 2, 8 et 31.

290. Projet de règlement sur la surveillance des effluents du secteur des raffineries de pétrole, SMID, juillet 1987.

291. *Ibid.* à la p. 50.

292. MISA Bulletin, ministère de l'Environnement de l'Ontario, juillet 1987.

prudent pour que le climat actuel de collaboration entre l'Administration et l'industrie ne soit pas supplanté par la confrontation. Sur le plan stratégique, c'était une bonne idée de choisir les raffineries de pétrole comme première industrie à soumettre aux nouveaux règlements, étant donné le nombre relativement peu élevé des raffineries dans la province, la similarité relative des procédés de raffinage, la santé économique de l'industrie et son dossier relativement favorable en matière de protection de l'environnement²⁹³. Il est peu probable de retrouver dans d'autres secteurs ces conditions presque idéales pour l'introduction de nouveaux règlements plus sévères. Au nombre des difficultés que pourrait soulever l'élaboration de règlements relatifs aux concentrations admissibles d'effluents, citons la définition et la justification des chiffres exprimant les MTEE pour l'ensemble de l'industrie, ainsi que la perspective d'avoir à modifier continuellement les règlements pour tenir compte des changements qui seront apportés aux instruments de contrôle et aux MTEE.

L'objet du programme SMID est ambitieux et vaste. Compte tenu des aléas de la vie politique, la seule façon de s'assurer que le programme soit mis en œuvre tel qu'il a été annoncé serait de codifier les obligations qui en découlent et d'exiger la mise en œuvre, dans un délai déterminé, de règlements visant des secteurs précis. Mais comme il y a loin de la coupe aux lèvres, les nombreux obstacles imprévus qui se dressent inévitablement entre la mise en œuvre proposée des règlements et leur promulgation véritable rendent très improbable la codification des obligations visées²⁹⁴.

VI. L'évolution des attitudes dans l'industrie

Devant les résultats des sondages qui ne se démentent pas et montrent que les Canadiens considèrent la protection de l'environnement comme une priorité pour la société, et devant les efforts déployés de façon soutenue par les gouvernements, les tribunaux et les groupes de défense de l'environnement, l'industrie semble commencer à admettre que la lutte contre la pollution est ici pour de bon.

Larry Thibault, président de l'Association des manufacturiers canadiens, a fait le commentaire suivant :

[TRADUCTION]

Les compagnies sérieuses estiment que bon nombre d'exploitants ne sont pas aussi prudents qu'ils devraient l'être. Elles ne trouvent rien à redire aux poursuites intentées contre ces entreprises par le gouvernement pour éliminer les mauvais sujets du système²⁹⁵.

Le directeur technique de l'Association pétrolière du Canada a déclaré dernièrement que l'industrie pétrolière ne peut plus ignorer les écologistes comme s'il s'agissait de

293. Le projet de règlement sur la surveillance des effluents du secteur des raffineries de pétrole, SMID, aux pp. 48-50.

294. Voir, par exemple, *Re Aluminum Co. of Canada and the Queen* (1986), 55 O.R. (2d) 522 (C. div.).

295. Cité dans Ohlendorf, *supra*, note 6 à la p. 43.

fanatiques²⁹⁶. Après les poursuites intentées en Ontario, le personnel chargé de la mise en application de la loi a signalé une amélioration notable de la collaboration apportée par des industriels d'abord récalcitrants²⁹⁷. Publié récemment, le *Rapport du groupe de travail national sur l'environnement et l'économie*, qui préconise un [TRADUCTION] «développement économique soutenable» et souligne la nécessité d'une collaboration entre l'État et l'industrie, est un autre indice de l'attitude sérieuse de la plupart des acteurs du secteur privé²⁹⁸.

On reconnaît de plus en plus que la protection de l'environnement peut comporter des avantages : [TRADUCTION] «réduction du gaspillage, vente des sous-produits, utilisation plus efficace des matières premières, économies d'énergie et parfois mise au point de produits entièrement nouveaux²⁹⁹». [TRADUCTION] «Les fabricants d'équipement antipollution font de très bonnes affaires³⁰⁰».

Il serait prématuré de dire que l'industrie a adhéré au crédo écologiste, mais à vrai dire, les signes d'un changement d'attitude ne devraient pas surprendre outre mesure. La protection de l'environnement constituait une modification des règles du jeu lorsque des mesures antipollution ont été introduites dans la réglementation. À mesure que l'Administration, les tribunaux et la société se sont ajustés à ces nouvelles règles, l'industrie a fait de même³⁰¹. Aujourd'hui, la difficulté consiste le plus souvent à éliminer les mauvais acteurs et à résoudre les nouveaux problèmes qui surgissent. L'opposition systématique des premiers jours qu'on a pu reprocher à l'industrie est maintenant peu fréquente. Une chose est sûre, le discours s'est certainement amélioré.

296. C'est ce que révèle l'article intitulé «Conservationists gaining respect, oil industry says», *supra*, note 6.

297. Comme le décrit J. Swaigen (ministère de l'Environnement de l'Ontario) dans L. Duncan, éd., *supra*, note 114, et comme l'a rapporté à l'auteur M. McKenney, président du Groupe de travail, Direction des enquêtes et de la mise en application. Malheureusement, on dispose de peu de données empiriques sur les autres régions.

298. Canada, *Rapport du Groupe de travail national sur l'environnement et l'économie*; présenté au Conseil canadien des ministres des Ressources et de l'environnement, Ottawa, le 24 septembre 1987.

299. Voir Ohlendorf, *supra*, note 179 à la p. 42, qui cite J. Donnan, ministère de l'Environnement de l'Ontario.

300. *Ibid.* à la p. 43. Toutefois, John Sikes, conseiller de l'industrie des pâtes et papiers en matière d'environnement, a fait observer à l'auteur au cours d'un entretien particulier que le nombre de compagnies se spécialisant dans les recherches sur la réduction de la pollution des fabriques de pâtes et papiers a grandement diminué au cours des dix dernières années. Il a déploré la disparition des programmes de recherche subventionnés des années 1970 (pour un examen de certains des programmes auxquels il a été mis fin, voir Webb, *supra*, note 3 aux pp. 518-522).

301. *Ibid.* à la p. 46.

CHAPITRE QUATRE

Le nouveau crime proposé par la Commission

Les trente dernières années ont vu la forme de la lutte contre la pollution se modifier sensiblement. Aux interdictions de portée très vaste mais dans une large mesure restées lettre morte, typiques de la période précédant les années soixante, les gouvernements ont substitué le régime réglementaire en vigueur de nos jours. Cette transition — de l'interdiction pure et simple à la réglementation — constitue la première véritable étape en direction d'une action concrète : on est passé d'une attitude radicale mais irréaliste à une attitude caractérisée par le pragmatisme.

En cette seconde moitié des années quatre-vingt, des indices nous permettent de conclure à la réalisation d'un deuxième pas important vers l'action concrète. Cependant, ce progrès se situe davantage sur le terrain que sur le plan législatif. Les intéressés — fonctionnaires, tribunaux et administrés — étant mieux familiarisés avec les mécanismes de réglementation de la pollution, ils ont commencé à modifier leurs méthodes et leur action. La réglementation de la pollution a été amorcée il y a maintenant près de vingt ans; on connaît de mieux en mieux les avantages et les limites des divers mécanismes, acteurs et institutions en cause.

Malgré cette meilleure compréhension, nombreux sont ceux qui estiment que les mécanismes de nature réglementaire actuellement en place ne sont pas à la hauteur de la menace permanente que constitue la pollution de l'environnement. Ainsi, la Commission de réforme du droit du Canada exprimait l'avis, dans son document de travail n° 44, qu'il y aurait lieu d'enrichir l'arsenal de la lutte contre la pollution en ajoutant au *Code criminel* une toute nouvelle infraction, un «crime contre l'environnement³⁰²». Comme le précise la Commission, ce nouveau crime viendrait s'ajouter aux mécanismes existants, et non les supplanter³⁰³. Par la suite, la Commission a recommandé dans son rapport n° 31, intitulé *Pour une nouvelle codification du droit pénal — Édition révisée et augmentée du rapport n° 30*, la création d'un crime visant les personnes qui causent par témérité des dommages catastrophiques à

302. Voir *supra*, note 22.

303. *Ibid.* à la p. 5 :

Et loin de vouloir limiter l'action des organismes chargés de la protection de l'environnement, la Commission estime que l'interdiction explicite, dans le *Code criminel*, de certaines actions ou omissions gravement dommageables ou dangereuses pour l'environnement mettra à la disposition de ces organismes un outil additionnel important.

l'environnement³⁰⁴. À première vue, ces propositions semblent intéressantes : la plupart d'entre nous conviennent de la gravité de la situation. On doit souhaiter pouvoir disposer de la plus grande variété possible d'armes pour combattre cette menace grandissante pesant sur la santé et la sécurité publiques, ainsi que sur la qualité de la vie. Il importe cependant de ne pas voir dans le droit pénal la panacée susceptible de venir à bout de la pollution, étant donné que le problème relève essentiellement de la réglementation.

Lorsque l'on envisage la question du point de vue de la réglementation et de sa mise en application, l'établissement d'un nouveau crime consacré aux atteintes à l'environnement est sans doute moins souhaitable qu'il le paraît à première vue. Dans la présente partie de notre étude, nous allons explorer les problèmes d'ordre pratique suscités par l'éventuelle création d'un tel crime. Nous estimons que les considérations ici exposées en ce qui a trait à la mise en application devraient être soigneusement prises en compte par les législateurs avant toute décision au sujet du nouveau crime. Voici comment pourrait être résumé l'argument fondamental : en recourant au droit pénal pour s'attaquer à la pollution, la société se trouverait à détourner son temps et son énergie des véritables problèmes de la protection de l'environnement, soit les problèmes liés à la mise en œuvre de la réglementation. Et dans la mesure où la proposition d'instituer un nouveau crime se veut un remède à l'insuffisance des armes existantes, telles les prescriptions de nature coercitive, elle est selon l'auteur tout à fait mal fondée. Comme le soulignait le professeur Andrew Thompson de l'université de la Colombie-Britannique, les points faibles du système actuel

[TRADUCTION]

[...] ne seront pas corrigés par l'adoption d'autres lois et règlements prévoyant encore des infractions et des peines en matière de pollution [...] [L']élaboration [...] de prohibitions et de peines nouvelles est souvent le propre de l'autorité réglementante qui n'a ni les moyens ni les connaissances nécessaires pour résoudre un problème³⁰⁵.

La solution au problème de la pollution de l'environnement repose sur un recours mieux pensé et mieux concerté aux mécanismes existants. Ce qui manque le plus, c'est la volonté politique de donner aux armes actuellement disponibles toute l'efficacité qu'elles recèlent. La création d'une «artillerie lourde», d'une «sanction ultime» consistant dans une éventuelle condamnation sous le régime d'une nouvelle disposition du *Code*, pourrait sembler contribuer à une meilleure protection de l'environnement, mais en réalité, il en va tout autrement.

En premier lieu, peut-être le régime de réglementation actuel visant spécifiquement la protection de l'environnement, conjugué aux dispositions de nature plus générale du *Code*, s'avérerait-il tout à fait suffisant, si l'on se donnait la peine de l'appliquer d'une manière adéquate et cohérente. Or, la création d'un nouveau crime risquerait de nous faire oublier que le problème véritable tient peut-être à une attitude irrésolue dans l'application des règles existantes, et partant, de nous donner l'illusion que la partie est d'ores et déjà gagnée. En deuxième lieu, s'il est difficile d'obtenir des condamnations et des peines sévères dans le cadre des infractions actuellement prévues par la

304. *Supra*, note 22 aux pp. 106-110.

305. Thompson, *supra*, note 1 à la p. 5.

réglementation, la situation s'annonce encore plus laborieuse dans l'éventualité où un nouveau crime serait institué. La nécessité d'établir l'élément moral et les exigences procédurales rigoureuses réduiront inévitablement les chances d'obtenir une condamnation³⁰⁶. Cela étant, les personnes qui bénéficieraient d'un acquittement et les autres pollueurs, que l'on cherche à dissuader par la perspective d'une condamnation pénale, pourraient être amenés à ne pas prendre au sérieux les dispositions pénales en cause. En troisième lieu, se posera inévitablement la question difficile de savoir si tel ou tel fait constitue une infraction criminelle ou simplement une infraction à la réglementation, ce qui fera peser une tâche supplémentaire et inutile sur les personnes responsables de l'application de la loi³⁰⁷.

La présence d'un crime spécifique portant sur l'environnement risque dans les faits de susciter des problèmes nouveaux et inattendus. Comme nous l'avons expliqué, la façon dont on conçoit l'application de la loi en droit pénal — l'accent étant mis sur les poursuites et le recours aux tribunaux — s'applique, souvent, mal au domaine de l'environnement. Les administrateurs reconnaissent maintenant que bien souvent, la pollution découle de problèmes de nature fondamentale touchant l'exploitation des établissements industriels individuels. La meilleure voie pour faire progresser la cause de la qualité de l'environnement consiste alors à chercher, de concert avec le pollueur, une solution au problème sous-jacent, et non à tenter une poursuite chaque fois qu'une infraction est constatée. Le mécanisme des poursuites sert dès lors à inciter le pollueur à coopérer, d'une part, et d'autre part à punir les pollueurs notoires qui se refusent à toute participation aux efforts de dépollution.

Avec la création d'un crime spécifique consacré aux atteintes à l'environnement, il ne serait plus nécessaire de réserver les poursuites fondées sur la réglementation aux infractions les plus graves. Logiquement, le principe tendant à un recours limité aux poursuites devrait s'estomper : elles seraient intentées dans les cas les moins sérieux, à l'égard desquels actuellement on ne s'adresse pas aux tribunaux. Les rapports entre l'Administration et le secteur privé prendraient alors un caractère de plus en plus antagonique, le juridisme s'accroissant. Or, ce qui s'est passé aux États-Unis au chapitre de la réglementation montre les risques suscités par une politique fondée sur le recours aux tribunaux³⁰⁸.

Étant donné par ailleurs la possibilité de poursuites intentées par l'État dans n'importe quel cas de pollution, les tribunaux pourraient en venir à imposer aux fonctionnaires, dans l'exercice de leurs fonctions, les règles de procédure rigoureuses

306. Sur ce point, voir N. Sargent, «Law, Ideology and Corporate Crime: A Critique of Instrumentalism», mémoire présenté à l'Association canadienne «Droit et Société», au congrès des Sociétés savantes à Windsor (Ontario), 7 juin 1988.

307. Le professeur Hans-Jörg Albrecht du Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, à Fribourg, République fédérale d'Allemagne, étudie depuis un certain temps la mise en application du nouveau crime contre l'environnement. Il signale, dans une lettre à l'auteur en date du 12 novembre 1987, que l'adjonction du nouveau crime a suscité des conflits importants entre les personnes chargées d'appliquer les textes réglementaires, d'une part, et les nouvelles dispositions pénales, d'autre part.

308. Voir, par exemple, la discussion sur la «réglementation déraisonnable» dans Bardach et Kagan, *supra*, note 264 aux pp. 104-116, et dans Edelman et Waldine, *supra*, note 264.

et restrictives du droit pénal. Cela compromettrait l'esprit de coopération car les efforts actuels de mise en application de la réglementation. Comme on l'a vu, la création d'un nouveau crime réprimant les atteintes à l'environnement risquerait de créer la confusion dans les pratiques actuelles, au moment même où une certaine clarification semble vouloir s'installer.

La plupart des Administrations canadiennes disposent maintenant — nous l'avons vu — d'une bonne gamme de textes d'incrimination à caractère réglementaire, amplement à combattre la pollution. Les lois consacrées à la protection de l'environnement autorisent les tribunaux à condamner les pollueurs à des amendes pouvant aller jusqu'à un million de dollars par jour, voire à prononcer des peines d'emprisonnement dans certains cas, et à ordonner la prise de mesures correctives, la fermeture d'une usine polluante³⁰⁹. Les juges commencent à peine, toutefois, à exercer pleinement les pouvoirs dont ils sont investis. Ce vaste éventail de sanctions prévues dans la législation de réglementation rend inutile l'établissement au Canada d'une nouvelle infraction touchant les atteintes à l'environnement.

Dans le document de travail n° 44, la Commission avait fait valoir, à l'égard du crime proposé, qu'il faut recourir à toute la puissance du droit pénal pour exercer la répulsion ressentie par la société devant certains actes de pollution particulièrement condamnables³¹⁰. Cela revient à supposer que l'opprobre social est moins grand dans le cas d'une condamnation pour une infraction à la réglementation que dans le cas d'une condamnation au pénal, indépendamment des faits donnant lieu à la détermination de la sévérité de la peine prononcée. Or les choses ne se passent pas du tout ainsi dans la pratique.

Tout comme les crimes, les infractions réglementaires, en matière de pollution, peuvent rendre leur auteur passible de sanctions rigoureuses. Tous les tribunaux, généralement, au sérieux — les tribunaux, l'Administration, l'industrie et le secteur public. Et une condamnation entraîne un blâme social important³¹¹. Il existe une réglementation qui reconnaît expressément le caractère sacré de l'environnement.

309. Voir *supra*, pp. 30, 33.

310. *Supra*, note 22 aux pp. 54-55.

311. Par exemple, si les infractions aux règlements ne faisaient pas l'objet de mesures sérieuses, pourquoi l'État dépenserait-il plus de deux millions de dollars pour poursuivre une infraction à la réglementation (comme dans l'affaire *Suncor*, 82) et pourquoi le secteur privé ferait-il valoir avec tant d'énergie le moyen de défense de la raisonnable (on n'a qu'à feuilleter, presque n'importe quel numéro de *Canadian Environmental Report*)? La législation de réglementation en matière d'environnement peut exprimer, et fait, explicitement l'horreur ressentie par la société devant la dégradation de l'environnement. Voir note 312, *infra*.

nécessité de le protéger³¹². Les administrateurs peuvent réprimer, par le moyen de poursuites fondées sur la réglementation (infractions de responsabilité stricte) tous les actes de pollution, qu'ils soient intentionnels ou commis par négligence (voir *supra*, p. 37). Ils échappent ainsi à la pénible obligation d'établir l'élément moral (infractions criminelles) et peuvent généralement espérer une condamnation assortie, le cas échéant, d'une peine sévère. Le fait de considérer les infractions relatives à la pollution comme des infractions de nature civile nuisant au bien-être public — plutôt que comme des actes criminels — pourrait même permettre, au chapitre de la détermination de la peine, des innovations procédurales non envisageables dans le cas des infractions criminelles³¹³.

Pour justifier la création d'un crime spécifique portant sur les atteintes à l'environnement, on avance deux arguments : premièrement, certains actes de pollution sont tellement condamnables qu'ils revêtent un caractère véritablement criminel et commandent de ce fait toute la rigueur du droit pénal; deuxièmement, les dispositions actuelles du *Code* ne permettent pas de réagir adéquatement à ce type de crime. Le premier argument est sans aucun doute bien fondé : les actes de pollution qui mettent en danger la santé et la sécurité des personnes ou leur causent effectivement un préjudice, tout comme ceux qui endommagent des biens, revêtent un caractère criminel si leur perpétration est accompagnée de l'élément moral requis pour constituer la responsabilité pénale. À notre sens, toutefois, les textes d'incrimination actuellement contenus dans le *Code*, avec les réformes proposées en matière de mise en danger et de vandalisme par la Commission de réforme du droit, dans son récent rapport n° 31, sont tout à fait adéquats pour la répression de tels actes de pollution, sans qu'il soit nécessaire d'instituer un crime spécifique touchant les atteintes à l'environnement³¹⁴.

312. Par exemple, le préambule de la *Loi sur les ressources en eau du Canada*, dit ce qui suit :

[...] la pollution des ressources en eau du Canada constitue, pour la santé, le bien-être et la prospérité de la population du Canada et pour la qualité du milieu canadien en général, une menace sérieuse qui s'accroît rapidement et qu'en conséquence il est devenu urgent, dans l'intérêt national, de prendre des mesures en vue de pourvoir à une gestion de la qualité des eaux dans les régions les plus sérieusement atteintes du Canada [...]

Voir aussi la *Loi sur la protection de l'environnement* de l'Ontario, la *Loi sur la protection de l'environnement* du Manitoba et la *Loi canadienne sur la protection de l'environnement*.

313. Voir Swaigen et Bunt, *supra*, note 75 à la p. 50.

314. Voir la discussion qui suit sur l'applicabilité des infractions prévues actuellement au *Code criminel* dans le contexte de l'environnement. Les modifications au *Code criminel* proposées dans le rapport n° 31 de la Commission de réforme du droit du Canada, peuvent également être appropriées au contexte de l'environnement. Le rapport n° 31 a été publié plus de deux ans après le document de travail n° 44. Pour les fins qui nous occupent voici en quoi consistent les principales dispositions en cause du projet de nouveau code pénal qui sont énoncées dans le rapport n° 31 : (i) une nouvelle définition de l'élément moral de la conduite incriminée, qui peut prendre trois formes, à savoir, la poursuite d'un dessein, la témérité et la négligence, ainsi que des éclaircissements sur l'élément moral requis dans le cas d'infractions particulières contre les personnes et les biens; (ii) une nouvelle infraction de vandalisme qui englobe diverses infractions contre les biens prévues dans le *Code* actuel; (iii) une nouvelle infraction de mise en danger. L'application de ces dispositions au problème de la pollution de l'environnement est examinée ci-dessus.

Mais avant de développer ce point de vue, encore faudrait-il déterminer ce que le recours au droit pénal peut accomplir dans le domaine de la protection de l'environnement, et quels intérêts il est susceptible de protéger.

La question a été étudiée en profondeur dans le document de travail n° 44. Après avoir passé en revue les diverses justifications possibles du recours au droit pénal, la répression des atteintes à la qualité de l'environnement, la Commission est arrivée à la conclusion que l'intervention du droit pénal doit être nécessaire pour la protection de l'environnement considérée *du point de vue de l'être humain*. En effet, la Commission a explicitement rejeté l'idée, défendue par certains, qu'il faut protéger l'environnement *en soi*, même lorsque la pollution n'est pas susceptible de mettre en danger la santé humaine ni de restreindre les bénéfices que l'être humain retire de l'environnement.

Si l'on estime qu'il y a lieu d'assurer par le droit pénal la sécurité et la protection de l'environnement, mais seulement du point de vue de l'être humain, il reste à demander si les dispositions actuelles du *Code*, enrichies des modifications proposées par la Commission de réforme du droit du Canada dans son rapport 31, permettent la réalisation de cet objectif. Fondamentalement, lorsqu'un acte de pollution, commis intentionnellement, par témérité ou par négligence criminelle, cause un préjudice concret à des personnes, le pollueur aura à répondre devant la justice pénale des conséquences de son acte en vertu des dispositions relatives à la négligence criminelle, à la nuisance publique et au méfait, ou encore aux nouveaux crimes proposés de pollution en danger et de vandalisme.

Aux termes du paragraphe 202(1) du *Code*, «Est coupable de négligence criminelle quiconque [...] montre une insouciance déréglée ou téméraire à l'égard de la vie ou de la sécurité d'autrui». Lorsque la négligence criminelle en question occasionne la mort d'une personne, l'auteur est passible d'une peine d'emprisonnement à perpétuité. D'autre part, lorsque la négligence cause des lésions corporelles, la peine maximale prévue est de dix ans d'emprisonnement. L'infraction de négligence criminelle se voit particulièrement appropriée aux cas de désastres écologiques où des personnes perdent la vie, comme cela est arrivé récemment à Bhopal, en Inde, à la suite d'une fuite de gaz toxique. Dans la seule affaire canadienne publiée, à la connaissance de l'auteur, au sujet de l'application des dispositions définissant la négligence criminelle en matière d'environnement, la société en cause a été acquittée, relativement à la mort de trois de ses employés par suite d'une fuite de gaz, pour le motif que sa conduite ne constituait pas une négligence grave suivant la définition de l'infraction³¹⁵. Malgré cela, il n'en demeure pas moins que cette affaire montre clairement la possibilité d'appliquer ces dispositions dans les cas d'infractions constituant des atteintes graves à l'environnement.

Par ailleurs, le crime de «nuisance publique» est défini au paragraphe 176(2) du *Code* de la façon suivante : «commet une nuisance publique quiconque accomplit un acte illégal ou omet d'accomplir une obligation légale, et par là [...] met en danger la vie, la sécurité, la santé, la propriété ou le confort du public»; l'infraction

315. Voir *supra*, note 22 aux pp. 10-13.

316. Voir *R. c. Chagnon (1975) Ltée*, [1981] R.L. 454 (C.S.P. Qc).

punissable d'une peine d'emprisonnement de deux ans. Comme les dispositions sur la nuisance publique visent notamment la mise en danger de «la propriété ou [du] confort du public», elles pourraient être appliquées dans les cas d'atteintes à l'environnement qui ne mettent aucune vie en péril. Comme l'ont fait observer des commentateurs, ce texte d'incrimination semble très bien convenir aux cas de [TRADUCTION] «pollution atmosphérique grave causée par une usine, ou [au] déversement, dans les cours d'eau, d'effluents qui dépassent les normes prévues [...]»³¹⁷, et cela, même si jusqu'à présent aucune poursuite de ce type n'a été signalée au Canada.

Suivant l'article 387 du *Code*, commet l'infraction criminelle de méfait quiconque, volontairement :

- a) détruit ou détériore un bien,
- b) rend un bien dangereux, inutile, inopérant ou inefficace,
- c) empêche, interrompt ou gêne l'emploi, la jouissance ou l'exploitation légitime d'un bien, ou
- d) empêche, interrompt ou gêne une personne dans l'emploi, la jouissance ou l'exploitation légitime d'un bien.

Le coupable est passible de l'emprisonnement à perpétuité lorsque des vies ont été mises en péril, et d'un emprisonnement d'une durée de quatorze ans lorsque le méfait est commis à l'égard de biens publics. Pour ce qui est du méfait concernant des biens privés (peine maximale : cinq ans d'emprisonnement), aucune infraction n'est commise si les biens endommagés appartiennent à l'auteur du méfait. Du reste, dans la seule affaire connue où une poursuite fondée sur ces dispositions a été intentée relativement à un acte de pollution, les accusés ont échappé à la condamnation en prouvant que la pollution était survenue sur leur propre terrain³¹⁸. Selon le juge, toutefois, les faits en cause constituaient de la négligence grave et de l'ignorance volontaire; cela donne à penser que le ministère public aurait sans doute obtenu de meilleurs résultats en l'espèce s'il avait fondé sa poursuite sur les dispositions définissant la négligence criminelle ou la nuisance publique, dont nous parlions un peu plus haut³¹⁹.

À ces infractions actuellement prévues au *Code*, il convient d'ajouter l'infraction de mise en danger, dont la Commission propose la création. Cette infraction consisterait dans le fait de créer pour autrui — soit intentionnellement, soit par témérité — un risque de mort ou de blessure grave; elle embrasserait les cas de pollution intentionnelle ou «insouciante» suscitant des risques graves pour la santé et la sécurité des personnes. Que le risque tienne à la pollution ou à un autre fait, par exemple l'emploi de techniques dangereuses dans la construction ou la manutention imprudente de substances explosives, cela n'a aucune importance sur le plan de la responsabilité pénale.

317. Voir Good, *supra*, note 16 à la p. 285.

318. Voir *Le Procureur général de la province de Québec c. American Iron and Metal Company (1969) Ltd. et Leduc* (11 février 1983), Montréal (C.S.P.) [non publié].

319. Pour une analyse plus détaillée de la possibilité d'appliquer les infractions prévues au *Code criminel* actuel au domaine de l'environnement, voir, *supra*, note 16; Glassbeek et Rowland, *supra*, note 16.

Le code proposé par la Commission (rapport n° 31) comporte une nouvelle, appelée «vandalisme». La disposition en question est rédigée en ces termes :

Commets un crime quiconque endommage le bien d'une autre personne sans son consentement, en l'utilisant, sans le consentement de cette personne.

a) à dessein;

b) par témérité³²⁰.

Ce texte semble parfaitement applicable aux actes de pollution intentionnelle ou par témérité — qui portent atteinte à la jouissance, de l'environnement naturel. Bien sûr, les éléments constitutifs de ce crime de l'environnement naturel appartiennent dans une large mesure à la collectivité. Les dommages causés à ces éléments par la pollution pourraient être considérés comme constituant l'infraction criminelle de vandalisme définie dans le projet, puisqu'il s'agirait d'une atteinte injustifiée au droit du public de jouir de ce bien.

La Commission, dans sa nouvelle codification, s'est inspirée du principe de modération, suivant lequel ne devraient être tenus pour criminels que les actes ou susceptibles de causer des dommages individuels ou collectifs, ou des biens, non susceptibles d'être réparés par les mécanismes du droit civil. La Commission préconise la refonte rationnelle des infractions, lorsqu'elle est par ailleurs favorisée, pour la rédaction de son code, l'emploi d'une loi indiquant clairement et précisément à tous les intéressés la nature des faits constituant le crime en question. La nouvelle codification a par ailleurs amené la Commission à recommander d'un certain nombre d'infractions. Ainsi, le vol de bétail et le vol d'huîtres sur des huîtres relèvent tout simplement de l'infraction de vol, définie de façon simple et claire. Le même raisonnement devrait s'appliquer à l'égard du crime en matière d'atteinte à l'environnement. Tous les cas auxquels il est permis de penser que le texte pourrait s'appliquer, sont déjà implicitement couverts par d'autres dispositions du nouveau code proposé ou du *Code* actuel.

Qui plus est, il serait pratiquement impossible de définir d'une manière précise les faits constituant le crime en question. En effet, bien des actes constituant, par exemple, une pollution de l'environnement, sont permis et même encouragés par la société au nom du développement économique. Qui plus est, des dégâts d'ampleur catastrophique sont parfois tenus pour souhaitables — pensons aux projets hydro-électriques. On propose dans le document de travail n° 4 de définir l'infraction comme une violation grave des normes fédérales ou provinciales, bien vague et n'est certainement pas à la hauteur du principe de légalité, en droit pénal. Dans le cas où il y aurait lieu d'instituer des infractions par l'intention ou la témérité, et sévèrement punissables, la démarche la plus sage serait de les incorporer au texte de loi portant spécifiquement sur le type de l'environnement envisagé. Le législateur fédéral a par exemple modifié la *Loi sur la production et la conservation du pétrole et du gaz*, de façon à punir les personnes causant ou permettant des déversements de pétrole et de gaz, condamnées à une amende de un million de dollars par jour et

320. *Supra*, note 22 à la p. 99.

d'emprisonnement de cinq ans³²¹. Récemment, les législatures provinciales ont elles aussi commencé à ajouter des peines plus sévères à leur législation relative à la protection de l'environnement (voir *supra*, pp. 31 et 34)³²².

Par ailleurs, un crime dont la définition parlerait de désastre ou de dommage catastrophique en matière d'environnement (c'est la proposition de la Commission de réforme du droit dans son rapport n° 31), serait probablement tout aussi inutile. Il est pratiquement unimaginable qu'une pollution catastrophique puisse ne pas constituer une infraction prévue par les dispositions du code dont nous venons de parler — à supposer bien sûr que l'élément moral requis soit présent. De toute façon, on ne saurait définir le concept de «dommage catastrophique à l'environnement» avec la précision requise par l'article 7 de la *Charte*.

Les partisans d'un crime spécifique d'atteinte à l'environnement s'inquiètent tout particulièrement au sujet des pollueurs qui se moquent de la loi et considèrent les amendes prévues par la réglementation comme des «frais fixes». Mais pour résoudre ce problème, il convient selon nous de prévoir des peines plus sévères en cas de récidive, et de les appliquer jusqu'au point où il deviendrait économiquement désavantageux de défier la loi. Dans les cas extrêmes, il y a lieu d'obtenir la fermeture de la source de pollution et, le cas échéant, de confisquer l'usine et l'équipement pour empêcher la réouverture de l'entreprise sous une autre raison sociale. Et lorsque la conduite des pollueurs qui persistent à ne pas prendre les mesures prescrites par les ordonnances judiciaires équivaut à un outrage au tribunal, ils devraient être poursuivis pour cette infraction supplémentaire, comme cela est arrivé récemment en Ontario (voir *supra*, p. 35)³²³, et être punis sévèrement. Dans le cas de personnes morales, les dirigeants pourraient voir leur responsabilité personnelle engagée pour les actions de leur entreprise (voir *supra*, p. 35).

Une autre habitude particulièrement odieuse pousse certaines personnes à réclamer l'établissement d'un nouveau crime, à savoir celle qui consiste à se débarrasser d'une façon intentionnelle, clandestine et illégale de substances toxiques ou nocives pour l'environnement («dépôts clandestins»). Il existe bien des comportements, dans notre société, qui sont absolument méprisables; certains d'entre eux menacent gravement le tissu social lui-même. Et pourtant, nous n'avons pas systématiquement recours aux lois pénales à leur égard, tout particulièrement lorsqu'il existe d'autres armes, moins draconiennes, comme la réglementation. Les personnes qui se débarrassent de substances toxiques d'une manière clandestine, mais sans causer ni dommage ni risque de dommage véritables — si tant est que cela soit possible — peuvent être punies plus efficacement et plus commodément par le moyen des sanctions prévues dans le cadre de la réglementation. Quant à ceux dont les actes doivent être regardés comme criminels, parce qu'ils causent des dommages ou des risques inacceptables pour la santé et la sécurité des citoyens, on peut très bien les soumettre à la rigueur du droit

321. Par 19.1(i) et art. 49. Voir aussi la nouvelle *Loi canadienne sur la protection de l'environnement*, art. 115.

322. Certaines lois provinciales relatives à la pollution prévoyaient déjà l'emprisonnement : voir *supra*, note 143.

323. Voir *supra*, note 148.

pénal sans avoir pour cela à instituer un crime particulier consacré aux atteintes à l'environnement.

Comme on le voit, la création de ce nouveau crime pose, du point de vue de l'application de la réglementation, une foule de difficultés dont il faudra tenir compte avec le plus grand soin avant de prendre une décision. Elle ne serait justifiée que dans la mesure où l'on pourrait établir sa nécessité, et où il serait permis de penser qu'elle ne risque pas de compromettre les efforts déjà entrepris; or, tel n'est pas le cas, comme nous venons de le démontrer. À première vue, la création d'un crime spécifique touchant la pollution peut sembler intéressante, mais selon toute vraisemblance, elle ne contribuerait pas véritablement à la protection de l'environnement; et n'est-ce pas là le seul critère à retenir?

Conclusions

Dans un article paru en 1973, le professeur C.G. Morley de la Faculté de droit de l'université du Manitoba, a examiné plusieurs initiatives législatives fédérales, nouvelles à cette époque. En conclusion, il a fait le commentaire suivant :

[TRADUCTION]

Si les problèmes étaient correctement posés, si les objectifs publics étaient bien conçus, si la législation était rédigée comme il faut, si la réglementation était intelligemment élaborée, si la loi était effectivement administrée et mise en application et si les Canadiens s'en préoccupaient suffisamment, nous serions en mesure de résoudre bon nombre de nos problèmes de pollution³²⁴.

Même si le professeur Morley avait à l'esprit les textes fédéraux qu'il avait examinés, le commentaire semble applicable avec autant de force à toutes les initiatives antipollution canadiennes. Morley dégage avec justesse certaines des principales variables qui déterminent le succès des efforts déployés par l'État pour protéger l'environnement. L'absence de l'une de ces variables diminue grandement les chances d'une intervention publique efficace.

Maintenant que tout un arsenal de lois de réglementation de la pollution ont été adoptées et que nous avons acquis une certaine expérience et certaines connaissances sur leur application, nous sommes en mesure de juger si nous satisfaisons aux critères de Morley.

D'abord, les problèmes sont-ils correctement posés? Nous ne sommes plus à l'époque où la protection de l'environnement pouvait être considérée comme un problème unique. Nous savons aujourd'hui que la pollution peut résulter d'un comportement intentionnel, mais aussi d'une conduite simplement négligente ou même irréprochable. Le délit de pollution peut être commis par des personnes physiques ou morales (par exemple, des entreprises). La pollution peut émaner de sources aisément identifiables, ou avoir des origines moins évidentes et moins faciles à détecter. On peut parfois prévenir la pollution, mais elle peut aussi être imprévisible et inévitable. Les effets dommageables de la pollution peuvent être temporaires et la dépollution peut s'avérer facile dans certains cas, mais les effets cumulatifs et synergiques des contaminants peuvent également se faire sentir à long terme. Grâce à une meilleure compréhension de la nature de la pollution, nous pouvons plus aisément redresser la situation.

Les objectifs publics ont-ils été bien conçus? Sur ce point, les autorités législatives ont amélioré lentement, à la faveur de l'expérience leur façon d'aborder les problèmes

324. C.G. Morley, «Pollution as a Crime: The Federal Response» (1973) 5 Man. L.J. 297 à la p. 311.

de l'environnement. Les interdictions générales et les infractions criminelles ont été remplacées par des régimes de réglementation de la pollution qui permettent la fixation de normes individualisées. Les tribunaux et les administrateurs sont maintenant investis de pouvoirs leur permettant de prendre des mesures correctrices directes au besoin. Au surplus, des méthodes non coercitives sont de plus en plus employées. En réalité, l'État commence à employer tous les moyens disponibles pour résoudre le problème complexe de la pollution.

La législation et la réglementation sont-elles élaborées intelligemment? Ici aussi la situation s'améliore avec le temps. La législation ne reflète pas encore fidèlement les réalités de la lutte contre la pollution, c'est-à-dire les compromis, l'utilisation divergente des ressources, l'incertitude scientifique et technique, les facteurs liés aux rapports entre l'Administration fédérale et les Administrations provinciales. Bon nombre des sanctions et des pouvoirs prévus n'ont pas assez de finesse ni de souplesse pour être appliqués au jour le jour par les administrateurs. Le législateur néglige trop souvent d'élaborer une réglementation pour «étouffer» le cadre législatif déjà en place. Il y aurait lieu d'harmoniser les peines prévues par les différentes lois pour faire en sorte que les contrevenants soient traités le plus uniformément possible. Par le passé, le public n'a pas assez participé à l'élaboration de la législation et de la réglementation, bien que récemment, des efforts supplémentaires semblent avoir été déployés dans ce sens.

Les lois sont-elles effectivement administrées et mises en application? Comme nous l'avons déjà expliqué, les attitudes et les pratiques de l'Administration et des tribunaux ont évolué vers la mise en œuvre de la législation de réglementation de la pollution. Alors qu'à l'origine, il y avait peut-être chez certains fonctionnaires une tendance à ménager les pollueurs pendant que l'Administration et le secteur privé s'ajustaient aux nouvelles règles du jeu, cette indulgence cède pour faire place à une approche plus ferme. Certaines Administrations deviennent plus exigeantes et rationalisent leurs pratiques en matière de gestion, d'enquête et de mise en application de la loi. Les tribunaux ont introduit la notion d'infraction de responsabilité stricte en matière de pollution et d'atteinte au bien-être public, qui reflète plus fidèlement le processus de réglementation. Ils se montrent aussi de plus en plus disposés à considérer sérieusement les atteintes à l'environnement et à améliorer l'équité procédurale dans le processus de décision relatif à la protection de l'environnement. Les problèmes résultant du fait que les infractions contre le bien-être public ressortissent aux juridictions criminelles demeurent entiers. La Commission de réforme du droit examine la possibilité d'établir des tribunaux distincts, dotés de règles de procédures spécifiques, pour connaître des infractions réglementaires. L'action officielle de l'Administration, c'est-à-dire les accords conclus avec l'industrie, les ententes entre le gouvernement fédéral et ses homologues provinciaux, et l'application ponctuelle de moyens incitatifs, sont maintenant de plus en plus soumis à un examen critique. Des efforts sont faits pour améliorer la participation du public et pour rendre plus accessible le processus de réglementation de la pollution. L'auteur recommande avec insistance l'élaboration de politiques de mise en application explicites (comme celles qui ont été instaurées en Ontario, ainsi que la politique élaborée dans le cadre de la nouvelle *Loi canadienne sur la protection de l'environnement*) et une meilleure communication des renseignements concernant l'observation de la loi par les administrés, afin de favoriser un meilleur respect de l'obligation de rendre compte et un traitement plus uniforme des administrés.

Malgré cela, la tendance du gouvernement à favoriser le développement, ainsi que les autres préjugés et restrictions institutionnels et individuels, continueront toujours à gêner la mise en application complète de la loi.

Les Canadiens se préoccupent-ils suffisamment de l'environnement? Les sondages révèlent que les Canadiens considèrent l'environnement comme une valeur importante qu'il faut protéger. Les interventions fréquentes et de plus en plus éclairées des groupes de défense de l'environnement font ressortir le fait que le public ne se contentera pas de l'adoption d'un texte législatif qui ne donne pas lieu à une action concrète. L'accès des citoyens aux processus de protection de l'environnement pourrait être amélioré. Il faut plus d'information sur les installations polluantes et sur les stratégies adoptées par le gouvernement pour faire respecter la loi. Les pressions constantes exercées par le public sont essentielles pour assurer une protection diligente et assidue de l'environnement par l'État.

En cette seconde moitié des années quatre-vingt, la protection de l'environnement ne peut plus être considérée comme une préoccupation passagère que quelques gestes symboliques suffiront à endiguer. Les connaissances et l'expérience acquises par les tâtonnements des dernières années permettent à l'État d'assurer la protection de l'environnement de façon beaucoup plus globale et efficace qu'avant.

On sait maintenant que les prescriptions de nature coercitive ont des limites, et que la solution consiste à employer *tous* les moyens disponibles de façon rationnelle et planifiée. Si nous fondons trop d'espoirs sur les possibilités individuelles des instruments, de l'Administration et des tribunaux, nous n'arriverons pas à résoudre les nouveaux problèmes, complexes et difficiles, qui se font constamment jour dans le domaine de la pollution. À cet égard, les conséquences pratiques de l'éventuelle création d'un crime d'atteinte à l'environnement devront être étudiées attentivement dans le cadre de l'élaboration des réformes législatives.

Il faut, pour les années quatre-vingt, perfectionner la législation en vigueur, utiliser de façon plus globale l'encadrement juridique en place, mettre en application plus strictement les prescriptions de nature coercitive, se servir de façon plus généralisée, ouverte et uniforme des régimes de réglementation et des moyens incitatifs, et être disposé à faire preuve d'imagination dans l'élaboration de nouvelles solutions. Une attitude réaliste à l'égard des possibilités et des points faibles des instruments et institutions est l'héritage le plus précieux des années soixante et soixante-dix.



Recommandations

Réformes d'ordre administratif et législatif

(1) *Il y aurait lieu de vérifier, tant à l'échelon fédéral qu'à l'échelon provincial, si la législation relative à la limitation des émissions répond aux besoins.* Cet examen est rendu urgent par suite des modifications récentes apportées aux dispositions ontariennes et manitobaines touchant la lutte contre la pollution. Nous avons soutenu, dans cette étude, que pour l'essentiel, le cadre législatif nécessaire à la réglementation des émissions industrielles existe déjà, et qu'il est possible de combattre efficacement la pollution en s'appuyant sur les bases actuelles, pourvu que la volonté politique se manifeste et que l'on affecte suffisamment de ressources à cette fin. Bien sûr, il demeure toujours possible d'améliorer les mécanismes existants; mais une réforme législative radicale, même si elle peut sembler remédier aux défauts des régimes existants, ne donnerait pas grand-chose à moins d'être accompagnée d'une volonté inébranlable au chapitre de l'application. Cela dit, il pourrait s'avérer très utile de procéder à un examen rigoureux de la législation existante, pour revoir les peines prévues, accroître les pouvoirs de nature administrative et judiciaire, élargir la gamme des activités visées par les textes actuels et favoriser la participation du public à la lutte contre la pollution. On démontrerait ainsi aux pollueurs, aux fonctionnaires, aux tribunaux et aux citoyens que l'État tient véritablement à protéger l'environnement de la manière la plus efficace possible. Mais, répétons-le, des modifications législatives non accompagnées d'un engagement exprès et à long terme quant à leur mise en application (se traduisant par l'affectation de ressources suffisantes) risqueraient d'être considérées comme des mesures factices, politiquement intéressantes mais dénuées de signification pratique.

(2) *Il y aurait lieu de confirmer dans la législation les engagements publics des autorités politiques à l'égard de l'élaboration d'un nouvel ensemble de règlements dans des secteurs particuliers, ou de l'adoption de nouveaux textes législatifs.* La présence de telles dispositions obligerait les gouvernements, peu importe les variations du climat politique, à tenir leurs engagements ou du moins à expliquer pourquoi ils ne le font pas. De la même façon, il y aurait lieu d'intégrer à la législation, dans la mesure du possible, les engagements pris en ce qui a trait à l'examen et à la révision des règlements (par exemple, révisions nécessitées par l'évolution technologique).

(3) *Il y aurait lieu de recourir aux ententes contractuelles à titre de mécanisme complémentaire de lutte contre la pollution, d'une manière expérimentale et dans au*

moins une province, pour vérifier si cette solution est applicable dans la pratique. La solution de l'entente contractuelle semble prometteuse, et pourrait s'avérer efficace et adéquate en matière de protection de l'environnement. On aurait tout à gagner à en étudier l'applicabilité sur le terrain.

(4) *Il y aurait lieu autant que possible de maintenir une distinction, dans les organismes de protection de l'environnement, entre le personnel administratif et le personnel chargé de la mise en œuvre de la réglementation.* Dans les provinces les plus petites et les moins riches, cette recommandation pourrait être difficile à mettre en œuvre. Cependant, les avantages que l'on peut tirer de l'existence de services distincts pour la mise en œuvre et la négociation sont suffisamment importants pour que cette séparation constitue un objectif à long terme dans ces provinces.

(5) *Il y aurait lieu de clarifier la situation des fabriques de pâtes et papiers existantes sous le régime de la Loi sur les pêcheries fédérale.* En 1971, on a établi en vertu du *Règlement sur les effluents des fabriques de pâtes et papiers* des normes relatives aux concentrations d'effluents, applicables aux usines existantes. Toutefois, contrairement à ce qui s'est passé pour les autres types d'usines, on n'a jamais précisé la date à laquelle entreraient en vigueur les normes concernant les fabriques existantes. Or jusqu'à ce qu'une date de mise en vigueur soit fixée, les usines existantes demeureront légalement soumises à l'interdiction absolue touchant toutes les substances délétères pour les poissons, établie au par. 33(2) de la *Loi sur les pêcheries*. Il leur est par conséquent interdit de déverser une substance toxique pour les poissons, quelle qu'elle soit, tandis que pour tous les autres types d'usines, des normes ont été fixées à l'égard des concentrations admissibles d'effluents. Les usines existantes devraient le plus tôt possible être soumises à des normes impératives et susceptibles d'application.

(6) *Il y aurait lieu de mettre sur pied des programmes conjoints, dans le cadre desquels l'Administration et l'industrie étudieraient les causes et les effets de la pollution, de même que l'applicabilité et les limites des diverses techniques de lutte contre la pollution.* L'État, par de tels programmes, manifesterait publiquement sa volonté de résoudre les problèmes existants. Par ailleurs, ces programmes peuvent constituer d'importants réseaux d'échange de données pour l'Administration et les entreprises soucieuses de s'attaquer au problème de la pollution.

(7) *Toutes les autorités législatives devraient être légalement tenues de publier, à l'égard de chaque texte de loi portant sur la réglementation de la pollution, une politique de mise en œuvre.* Cette politique indiquerait de quelle manière la loi doit être appliquée et préciserait les attributions des divers services faisant partie de l'organisme compétent, la nature des rapports entre celui-ci et les autres ministères et organismes gouvernementaux, la nature des rapports entre l'organisme et les autres administrations, et enfin la nature des mécanismes destinés à assurer la participation des citoyens. Les organismes responsables devraient être légalement tenus de mettre à jour leur politique de mise en œuvre à chaque modification importante, ou au moins

une fois l'an. Dans le cas où un organisme semblerait agir d'une manière non conforme à la politique établie, les personnes concernées devraient avoir la possibilité de protester. L'organisme aurait alors l'obligation de fournir une explication circonstanciée, écrite et accessible à tous, qui serait publiée dans la prochaine édition de la politique de mise en œuvre.

(8) *Il y aurait lieu d'intenter des poursuites fondées sur le Code criminel actuel lorsque des dommages graves sont intentionnellement causés à des personnes ou à des biens.* Sur le plan pratique, cependant, la création du crime spécifique portant sur les atteintes à l'environnement ne serait sans doute pas souhaitable, à cause de ses éventuels effets néfastes sur le plan des efforts en matière de réglementation, et parce qu'il serait bien difficile d'obtenir des condamnations en suivant cette voie.

(9) *Les organismes responsables devraient avoir l'obligation légale de dresser dans leurs rapports annuels la liste de toutes les mesures prises au chapitre de la mise en œuvre de la loi en indiquant leur coût moyen (ventilé suivant diverses catégories : enquêtes, laboratoire, frais juridiques et autres), et d'y inclure un rapport sur les progrès réalisés en matière de mise en application, où l'on décrirait l'amélioration ou la dégradation dans chaque secteur faisant l'objet de la réglementation, et où l'on expliquerait autant que faire se peut les raisons des changements notés.* De cette façon, tous les intéressés pourraient mieux comprendre la façon dont la législation est mise en œuvre dans la pratique.

Programmes de recherche

(1) *Il y aurait lieu d'entreprendre une étude empirique et comparative des régimes législatifs et des pratiques des organismes publics responsables de la lutte contre la pollution au Canada.* Cette étude viserait principalement à dégager les différentes stratégies actuellement mises en œuvre au Canada en matière de lutte contre la pollution (selon que l'on favorise les poursuites ou les négociations), de façon à pouvoir comparer équitablement les avantages et les inconvénients de chacune, à faire ressortir les lacunes sur les plans législatif et administratif, à assurer la diffusion de renseignements sur les techniques efficaces. Cette étude pourrait donner lieu à l'élaboration d'une approche plus cohérente en matière de lutte contre la pollution, d'une autorité législative à l'autre; en outre, une telle étude pourrait entraîner l'élaboration de lois-types à partir desquelles les provinces pourraient mettre au point leurs propres régimes.

(2) *Il y aurait également lieu d'entreprendre une étude sur la possibilité d'élaborer des dispositions législatives qui seraient mises en application par les provinces, avec l'appui financier du gouvernement fédéral.* En théorie, cette solution semble susceptible

de favoriser la cohérence et l'uniformité, dans tout le pays, de la réglementation relative à la pollution. Il s'agirait d'étudier les conséquences d'un tel régime sur les plans administratif, constitutionnel, juridique, politique et économique. Il pourrait également s'avérer utile d'étudier les réalisations américaines dans ce domaine. On pourrait ensuite en venir à mettre sur pied un projet-pilote et, éventuellement, à élaborer une législation-type.

(3) *Il y aurait lieu d'étudier la possibilité d'instituer un régime de sanctions de nature civile, et notamment d'étudier les conséquences de l'institution d'un tel mécanisme sur les plans administratif, constitutionnel, juridique, politique et économique.* Les comparaisons avec les expériences tentées aux États-Unis pourraient également s'avérer utiles dans ce domaine. Cette étude pourrait aboutir à un projet-pilote et éventuellement, si tout va bien, à l'élaboration d'une législation-type.

(4) *Il y aurait lieu d'étudier la possibilité et l'intérêt d'établir un régime distinct pour les infractions à la réglementation, qui aurait ses propres juges et sa propre procédure, et notamment d'étudier les conséquences de l'implantation d'un tel régime sur les plans administratif, constitutionnel, juridique, politique et économique.* La Commission de réforme du droit a entrepris des travaux préliminaires sur cette question. Cette étude pourrait donner lieu à un projet-pilote d'application restreinte, et préparer l'élaboration d'une législation-type.

(5) *Il y aurait lieu d'étudier les distinctions entre la limitation des émissions et celle des substances toxiques, du point de vue législatif et du point de vue administratif.* Cette étude pourrait éventuellement donner lieu à l'élaboration d'une législation-type sur la limitation des substances toxiques, accompagnée de stratégies de mise en œuvre. Les provinces qui n'ont pas encore mis sur pied un régime distinct visant à réduire les substances toxiques pourraient s'inspirer de cette législation-type pour se donner leur propre cadre législatif.

Annexe A

Liste des personnes consultées au cours de la préparation de cette étude

M. le professeur Hans-Jörg Albrecht, Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, République fédérale d'Allemagne

M. Vernon Albush, diplômé, Faculty of Environmental Design, université de Calgary

M. William Andrews, directeur général par intérim, West Coast Environmental Law Association

M. Earle Anthony, sous-ministre adjoint, ministère de l'Environnement, Colombie-Britannique

M. Barry Barton, chargé de recherches, Canadian Institute of Resources Law, université de Calgary

M. R.N. Briggs, directeur, Lutte contre la pollution, Alberta Environmental Protection Services, Edmonton

M. David Coon, Coordonnateur des politiques, Conseil de conservation du Nouveau-Brunswick

M^{me} Cathy Cooper, Contentieux, ministère de l'Environnement, Ottawa

M. Peter Dauphinee, Contentieux, ministère de l'Environnement, Ottawa

M. le professeur Phil Elder, vice-doyen, Faculty of Environmental Design, université de Calgary

M. Daniel Green, Société pour vaincre la pollution, Montréal.

M. David Halliburton, chef par intérim, Division de l'extraction et du traitement des ressources renouvelables, Direction des programmes industriels, ministère de l'Environnement, Ottawa

M. Peter Harris, Produits chimiques commerciaux, Conformité, ministère de l'Environnement, Ottawa

M. Cam McDonald, chef, Produits chimiques commerciaux, ministère de l'Environnement, Ottawa

M. Mark McKenney, président du groupe de travail, Direction des enquêtes et de la mise en application, ministère de l'Environnement, Ontario

M. John MacLatchy, Application et conformité, ministère de l'Environnement, Ottawa

M. Allan Maynard, Analytical Service Laboratories Ltd. (ASL), Vancouver

M. Kai Millyard, Pollution Probe, Ontario

M. le professeur Murray Rankin, faculté de droit, université de Victoria

M. Trevor Ruthman, Pâtes et papiers, Conformité, ministère de l'Environnement, Ottawa

M. Richard Scroggins, Direction des programmes industriels, ministère de l'Environnement, Ottawa

M. Robert Sentis, sous-ministre adjoint, ministère de l'Environnement de la Saskatchewan.

M. John Sikes, ingénieur, environnement et pâtes et papiers, Sandwell Consultants, Vancouver

M. K.R. Smith, sous-ministre adjoint, Environmental Protection Services, Alberta

M. Richard Stevens, chargé de projets spéciaux, Environment and Workplace Safety and Health, Manitoba

M. John Swaigen, avocat, contentieux, ministère de l'Environnement, Ontario

M^{me} Elizabeth Swanson, avocate, Environmental Law Centre, Edmonton

M. Andrew Thompson, directeur, Westwater Research Institute, université de la Colombie-Britannique.

Annexe B

Table des lois

Canada

Acte des Pêcheries, S.C. 1868, chap. 60.

Charte canadienne des droits et libertés, Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R.-U.), 1982, chap. 11 [Charte].

Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34 [Code].

Loi canadienne sur la protection de l'environnement, S.C. 1988, chap. 22.

Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, chap. 63.

Loi modifiant la Loi sur l'aéronautique, S.C. 1985, chap. 28.

Loi modifiant la Loi sur les pêcheries, S.C. 1960-61, chap. 23.

Loi modifiant la Loi sur les pêcheries, S.R.C. 1970 (1^{er} suppl.), chap. 17.

Loi modifiant la Loi sur les pêcheries et le Code criminel en conséquence, S.C. 1976-77, chap. 35.

Loi n° 5 de 1973 portant affectation de crédits, S.C. 1973-74, chap. 47.

Loi sur l'aéronautique, S.R.C. 1970, c. A-3.

Loi sur la lutte contre la pollution atmosphérique, S.C. 1970-71-72, chap. 47.

Loi sur la production et la conservation du pétrole et du gaz, S.R.C 1970, chap. O-4.

Loi sur le transport des marchandises dangereuses, S.C. 1980-81-82-83, chap. 36.

Loi sur les eaux intérieures du Nord, S.R.C. 1970 (1^{er} suppl.), chap. 28.

Loi sur les contaminants de l'environnement, S.C. 1974-75-76, chap. 72.

Loi sur les pêcheries, S.R.C. 1970, c. F-14.

Loi sur les ressources en eau du Canada, S.R.C. 1970 (1^{er} suppl.), chap. 5.

Provinces

Alberta

Clean Air Act, S.A. 1971, chap. 16.

Clean Air Act, R.S.A. 1980, chap. C-12.

Clean Water Act, S.A. 1971, chap. 17.

Clean Water Act, R.S.A. 1980, chap. C-13.

Transportation of Dangerous Goods Control Act, S.A. 1982, chap. T-6.5.

Colombie-Britannique

Litter Act, R.S.B.C. 1979, chap. 239.

Ministry of Forests Act, R.S.B.C. 1979, chap. 272.

Municipal Act, R.S.B.C. 1979, chap. 290.

Pollution-control Act, 1956, S.B.C. 1956, chap. 36.

Pollution Control Act, R.S.B.C. 1979, chap. 332.

Waste Management Act, S.B.C. 1982, chap. 41.

Île-du-Prince-Édouard

Environmental Protection Act, S.P.E.I. 1975, chap. 9.

Manitoba

Loi sur l'environnement, L.M. 1987, chap. 26 (C.P.L.M., chap. E125).

Loi sur la protection de l'environnement, L.M. 1968, chap. 7.

Loi sur la protection de l'environnement, L.M. 1972, chap. 76.

Sanitary Act, S.M. 1871, chap. 28.

Nouveau-Brunswick

Loi sur l'assainissement de l'environnement, L.R.N.-B. 1973, chap. C-6.

Nouvelle-Écosse

Environmental Pollution Control Act, S.N.S. 1970, chap. 4.

Environmental Protection Act, S.N.S. 1972, chap. 8.

Environmental Protection Act, S.N.S. 1973, chap. 6.

Ontario

Air Pollution Control Act, 1958, S.O. 1958, chap. 2.

Environmental Protection Amendment Act, 1983, S.O. 1983, chap. 52.

Loi de 1986 modifiant des lois concernant l'exécution de mesures environnementales, L.O. 1986, chap. 68.

Loi sur la protection de l'environnement, L.O. 1971, chap. 86.

Loi sur la protection de l'environnement, L.R.O. 1980, chap. 141.

Loi sur les infractions provinciales, L.R.O. 1980, chap. 400.

Loi sur les municipalités, L.R.O. 1980, chap. 302.

Loi sur les pesticides, L.R.O. 1980, chap. 376.

Loi sur les ressources en eau de l'Ontario, L.R.O. 1980, chap. 361.

Ontario Water Resources Commission Act, 1957, S.O. 1957, chap. 88.

Public Health Act, 1884, S.O. 1884, chap. 38.

Québec

Loi de la qualité de l'environnement, L.Q. 1972, chap. 49.

Loi sur la qualité de l'environnement, L.R.Q. 1977, chap. Q-2.

Saskatchewan

Air Pollution Control Act, S.S. 1965, chap. 65.

Air Pollution Control Act, R.S.S. 1978, chap. A-17.

Public Health Act, R.S.S. 1978, chap. P-37.

Terre-Neuve

Clean Air, Water and Soil Authority Act, R.S.N. 1970, chap. 44.

Department of Environment Act, S.N. 1981, chap. 10.

Department of Provincial Affairs and Environment Act, 1973, S.N. 1973, n° 39.

Water Resources and Pollution Control Act, 1966-67, S.N. 1966-67, n° 57.

Règlements

Canada

Règlement de l'impôt sur le revenu, C.R.C. 1978, chap. 945.

Règlement sur le mercure des effluents de fabriques de chlore, C.R.C. 1978, chap. 811.

Règlement sur les amendes et le produit des confiscations, C.R.C. 1978, chap. 827.

Règlement sur les effluents de l'industrie de la viande et de la volaille, C.R.C. 1978, chap. 818.

Règlement sur les effluents des établissements de transformation de la pomme de terre, C.R.C. 1978, chap. 829.

Règlement sur les effluents des fabriques de pâtes et papiers, C.R.C. 1978, chap. 830.

Règlement sur les effluents des raffineries de pétrole, C.R.C. 1978, chap. 828.

Règlement sur les effluents liquides des mines de métaux, C.R.C. 1978, chap. 819.

Règlement sur les rejets de stériles dans le bras Alice, DORS/79-345.

Provinces

Nouveau-Brunswick

Règlement sur la qualité de l'air, Règl. N.-B. 83-208.

Règlement sur la qualité de l'eau, Règl. N.-B. 82-126.

Règlement sur les émissions des fabriques de pâtes et papiers, Règl. N.-B. 83-128.

Ontario

Air Contaminants from Ferrous Foundries, R.R.O. 1980, Reg. 295.

Québec

Règlement sur les déchets solides, R.R.Q. 1981, chap. Q-2, r. 14.

Règlement sur les effluents liquides des raffineries de pétrole, R.R.Q. 1981, chap. Q-2, r. 6.

Règlement sur les fabriques de pâtes et papiers, R.R.Q. 1981, chap. Q-2, r. 12.

Saskatchewan

Pollution Control Regulations, Sask. Reg. 211/75.

oreland Pollution Control Regulations, 1976, Sask. Reg. 54/76.